



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Público General

Área de Derecho Constitucional

Curso 2015/2016

La función armonizadora del TEDH y la búsqueda de un equilibrio efectivo en la tutela de los derechos fundamentales. La doctrina del margen de apreciación nacional como desafío.

AUTORA: Inés Bermejo Bartolomé

TUTORA: María José Corchete Martín

Salamanca, Junio de 2016

TRABAJO FIN DE GRADO
GRADO EN DERECHO
Derecho Público General
Área de Derecho Constitucional

**La función armonizadora del TEDH
y la búsqueda de un equilibrio efectivo
en la tutela de los derechos fundamentales.
La doctrina del margen de apreciación
nacional como desafío.**

**The harmonisation function
of the European Court of Human Rights
and the search for an effective balance
in the protection of fundamental rights.
The doctrine of national margin appreciation
as a challenge.**

Nombre de la estudiante: Inés Bermejo Bartolomé

E-mail de la estudiante: ines-bermejo@hotmail.com

Tutora: María José Corchete Martín

RESUMEN

Desde la entrada en vigor del Protocolo nº11, el TEDH se ha erigido en máximo garante de los derechos fundamentales en el ámbito europeo al poseer, sin margen de duda, jurisdicción obligatoria y exclusiva para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del CEDH, lo que implica el conocimiento directo de las demandas interpuestas por particulares previstas en el artículo 33 CEDH. Precisamente, es a partir de las sentencias que traen causa en estas demandas, cuando el Tribunal desarrolla su función armonizadora; una función que implica que, al pronunciarse sobre un caso en concreto, la interpretación que realiza sobre los derechos del Convenio y que afecta directamente al Estado demandado, sirva de canon interpretativo para los tribunales de los demás Estados parte a la hora de manifestarse sobre el derecho homólogo previsto en sus legislaciones internas. El presente trabajo tiene por objeto explicar cómo, en el marco de la búsqueda de un equilibrio efectivo en la tutela de los derechos fundamentales, el Tribunal Europeo desarrolla su función armonizadora. A su vez, abordaremos los límites que condicionan esta función, analizando especialmente y de forma separada la doctrina del margen de apreciación nacional como auténtico desafío del proceso armonizador.

PALABRAS CLAVE: interpretación de los derechos fundamentales, principio de subsidiariedad, estándar mínimo de derechos, función armonizadora, efecto de cosa interpretada, margen de apreciación nacional.

ABSTRACT

From the entry into force of Protocol no. 11, the European Court of Human Rights has become the highest guardian of fundamental rights in the European system, as it now undoubtedly holds compulsory and exclusive jurisdiction to hear all subjects related to the interpretation and application of the European Convention of Human Rights. This implies its direct jurisdiction over all claims made by individuals, as it appears in Article 33 of the Convention. Precisely, these are the judgements from which the Court develops its harmonization function. This function implies that, when the Court deliveries a judgement about a specific case, its interpretation of the rights of the Convention for one State becomes the model of interpretation for the courts of all the States Parties when they hear about the same right in their national legislations. This dissertation explains how the Court develops its harmonization function within the ambit of the search for an effective balance in the protection of fundamental rights. At the same time, the limits that restrain this function will be addressed, analyzing specially, and on its own, the national margin of appreciation doctrine as a real challenge for the harmonization process.

KEYWORDS: interpretation of human rights, principle of subsidiarity, standard minimum rights, harmonization function, res interpretata, national margin of appreciation

-INDICE-

-ABREVIATURAS DE PALABRAS	6
-INTRODUCCIÓN	7
-PARTE I. LA FUNCIÓN ARMONIZADORA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	10
1. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	10
1.1. <i>Función instrumental: mecanismo último de protección de los derechos fundamentales</i>	10
1.2. <i>Función de interpretación y desarrollo de los derechos fundamentales</i>	17
1.3. <i>Función de armonización.....</i>	21
2. LA FUNCIÓN ARMONIZADORA	23
2.1. <i>Origen de la función armonizadora: efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH.....</i>	23
2.2. <i>Delimitación y fundamentación de la función armonizadora</i>	24
2.3. <i>El proceso armonizador en términos de compatibilidad interpretativa. Los límites a los que se enfrenta: estándar mínimo de derechos y margen de apreciación nacional.....</i>	31
-PARTE II. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL COMO LÍMITE A LA FUNCIÓN ARMONIZADORA	34
1. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: ASPECTOS TEÓRICOS	34
1.1. <i>Una inmersión en la materia</i>	34
1.2. <i>Los elementos que llevan al TEDH a conceder el margen de apreciación nacional a los Estados.....</i>	37
2. LA INDETERMINADA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA FUNCIÓN ARMONIZADORA	39
2.1. <i>La imposibilidad de elaborar una construcción doctrinal cierta en función de la naturaleza del derecho: casos prácticos</i>	39
a) <i>El derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo Facultativo nº1).....</i>	41
b) <i>La protección de cuestiones morales, como la eutanasia o el estatuto jurídico del nasciturus, que afectan al derecho a la vida (artículo 2 CEDH)</i>	42
c) <i>La expulsión de extranjeros por actividades delictivas en el contexto de la reagrupación familiar como vertiente del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH)</i>	45

2.2. <i>Las repercusiones en la función armonizadora de la concesión y empleo de la indeterminada doctrina del margen de apreciación nacional.</i>	49
-CONCLUSIÓN	53
-BIBLIOGRAFÍA	55
-ANEXO.....	58

-ABREVIATURAS DE PALABRAS-

Art.: artículo

C.: contra

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

SSTEDH: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional español

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC: Tribunal Constitucional español

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

-INTRODUCCIÓN-

A menudo, cuando se pretende llevar a cabo un análisis del papel que desempeña el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos fundamentales en Europa, no hay quien no repare en el carácter subsidiario de su jurisdicción. En efecto, este tribunal internacional se concibe como el mecanismo último de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en sus Protocolos, en la medida en que puede acudir ante él cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos fundamentales con la sola condición de encontrarse legalmente bajo la jurisdicción de un Estado parte de la Convención y haber agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado demandado. Sin embargo, si el Tribunal de Estrasburgo se erige precisamente en el máximo garante de los derechos humanos y libertades fundamentales en el ámbito europeo, no es sólo porque ostente esta función instrumental sino también por desplegar, a raíz de su jurisprudencia, una función de interpretación y desarrollo, dinámica y actual, de los derechos contemplados en el Convenio. Es entonces cuando debemos preguntarnos, ¿cómo afecta esta singular interpretación a los Estados miembros?, ¿deben los tribunales nacionales acoger paulatinamente en sus pronunciamientos internos las tendencias jurisprudenciales del Tribunal de Estrasburgo? o, siendo más precisos, ¿está en su deber recoger en sus sentencias esa nueva facultad o vertiente del derecho que ha formulado el Tribunal, no sólo con ocasión de un asunto en el que el Estado en cuestión ha sido demandado sino, también, a propósito de un asunto contra otro Estado?. Estos interrogantes hallan su respuesta en la que he denominado la tercera función del TEDH: la función armonizadora.

Esta función o, si se prefiere, el proceso armonizador, puede ser definido como el asentamiento progresivo, por parte de la jurisprudencia del TEDH, de los criterios aplicados en la interpretación de los derechos fundamentales contemplados en el CEDH, de tal manera que dichos criterios sean utilizados como “canon, guía o instrumento interpretativo por las jurisdicciones de los Estados en sus decisiones¹”. Esto es, los

¹QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p.436.

Estados parte del Convenio deben utilizar como criterio hermenéutico, la interpretación que hace el TEDH sobre un derecho fundamental convencional a la hora de pronunciarse sobre el derecho homólogo presente en sus Constituciones o legislaciones internas. Como podemos comprobar, la propia definición ya introduce un elemento de obligatoriedad: todos los Estados parte tienen el deber jurídico de responder a las exigencias de este cometido. En efecto, nuestro trabajo comparte en mayor medida la opinión de que la naturaleza obligatoria de las sentencias del TEDH alcanza, no sólo a sus efectos directos, esto es, a la ejecución *strictu sensu* del fallo del Tribunal por el Estado demandado, sino también a los efectos indirectos o interpretativos que ese asunto en concreto despliega con respecto al resto de Estados parte.

Teniendo presente lo anterior, la intención de nuestro trabajo es ofrecer una explicación del desarrollo de la compleja función armonizadora que lleva a cabo el Tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia. Para su análisis, realizaremos un minucioso estudio de las particularidades que presenta el proceso armonizador en sus esfuerzos por alcanzar un equilibrio efectivo en la tutela de los derechos fundamentales, finalizando con el examen del margen de apreciación nacional, una doctrina de creación jurisprudencial que, sin duda y, como tendremos ocasión de explicar, impide que la función armonizadora alcance un mayor grado de efectividad.

La estructura del presente trabajo puede resumirse en los siguientes puntos:

- En la primera parte, analizaremos, en primer lugar, de forma separada las que hemos clasificado como las tres funciones del Tribunal, como si de un hilo conductor se tratase. Así, comenzaremos por (i) la función instrumental como mecanismo último de protección de los derechos fundamentales para continuar con (ii) la función de interpretación y desarrollo de los derechos del Convenio, para finalizar con (iii) la función armonizadora. En segundo lugar, realizaremos un análisis más exhaustivo de esta última función – que es objeto del grueso de nuestro trabajo – abordando, en primer lugar, dónde encuentra su origen y, en segundo lugar, un tratamiento más detallado de la misma centrándonos en su justificación; en tercer lugar, concluiremos con los límites a los que se encuentra expuesta esta función, entre ellos la doctrina del margen de apreciación nacional.

- En la segunda parte, procederemos al análisis de la doctrina del margen de apreciación nacional como límite a la función armonizadora. Así, en primer lugar, nos detendremos en sus aspectos teóricos para realizar una pequeña inmersión en la materia en donde también abordaremos los elementos de los que se sirve el Tribunal para conceder dicho margen de apreciación nacional a los Estados. En segundo lugar, ofreceremos un vertiente más práctica de esta doctrina mediante un análisis de la casuística ante el TEDH en relación con diferentes derechos del Convenio – distintos por su naturaleza – y que nos permitirán comprender mejor por qué creemos que resulta muy complicado realizar una construcción doctrinal precisa del margen de apreciación nacional y, por ende, sólo contar en la actualidad con una doctrina aún con un alto grado de indeterminación. En conexión con este aspecto, expondremos seguidamente las repercusiones que la aplicación del margen de apreciación nacional provoca en la función armonizadora del TEDH tanto desde el ámbito del Consejo de Europa como desde el ámbito interno de los Estados.
- Por último, cerraremos el trabajo con una conclusión final.

Como acertadamente apuntó KANT, “El derecho es el conjunto de condiciones que permiten a la libertad de cada uno acomodarse a la libertad de todos”. La función armonizadora responde precisamente a ese ideal: favorecer la creación de un mínimo común interpretativo en materia de derechos fundamentales en el ámbito europeo que derive en una mayor tutela de los mismos, y ello en un marco de respeto a la heterogeneidad de los sistemas internos y, por tanto, al principio de subsidiariedad.

- PARTE I -

LA FUNCIÓN ARMONIZADORA

DE LA JURISPRUDENCIA

DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para entender la relevancia actual de la actividad armonizadora del TEDH a través de su jurisprudencia, es propio traer a colación las demás funciones o cometidos del TEDH que, interactuando unas con otras, han erigido al TEDH en máximo garante de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito europeo.

1.1. Función instrumental: mecanismo último de protección de los derechos fundamentales.

Tras las devastadoras consecuencias humanas, materiales y económicas de la Segunda Guerra Mundial, Europa Occidental vivió un ambiente favorable a la creación de una organización internacional que agrupara a los Estados democráticos. Este impulso culminó en la creación del Consejo de Europa constituido por el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949².

Como es sabido, el Consejo de Europa es la primera organización intergubernamental de ámbito regional europeo que marcó los inicios de la versión europea del Derecho Internacional de los derechos humanos. Su creación surge del

²El Consejo de Europa consta de 47 Estados miembros, todos los de Europa entendida en su más amplia concepción geográfica a excepción de Bielorrusia, Kazajistán y la Ciudad del Vaticano, excluidos por ser sus regímenes políticos incompatibles con los principios que sustentan la pertenencia al Consejo. Inicialmente se lleva a cabo en el marco de la Europa Occidental, ya que nace como una organización propia de la Guerra Fría pero, a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, se abren las puertas al resto de países ampliamente considerados europeos.

acuerdo internacional realizado en el Congreso de la Haya de 1948 donde se reunieron las mentes más representativas de la esfera política, social e intelectual europea, para evidenciar la magnitud del movimiento europeísta, buscar soluciones a la grave crisis continental y procurar un entendimiento entre los pueblos europeos que evitase la repetición de semejantes barbaries como las sucedidas en la primera mitad del siglo XX. En efecto, tales cometidos pasaban por constituir una organización regional capaz de promover, mediante la cooperación de los Estados de Europa, la configuración de un espacio político y jurídico común en el continente, sustentado en los valores de la democracia, la protección de los derechos humanos y el Estado de Derecho³. Pero la satisfacción del ideal de creación de un marco común democrático, protector de los derechos humanos y de Derecho, hacía necesaria la conclusión de acuerdos que efectivamente reflejasen este nuevo concepto de identidad europea. Concretamente, el impacto que para la opinión pública supuso la constatación de los crímenes perpetrados por el Tercer Reich y la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 que había allanado el camino hacia una protección efectiva de los derechos humanos, condujeron a que los primeros trabajos del Consejo de Europa se centraran en crear un mecanismo de garantía colectiva de los derechos humanos en el ámbito europeo. En este contexto, el 4 de noviembre de 1950, se adoptó el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴.

El Convenio de Roma de 1950 ha merecido la denominación de *Pacto Europeo de defensa de la democracia* en un marco de respeto a los derechos humanos debido a que surgió como respuesta más inminente y antídoto frente al totalitarismo Nazi que asoló

³El valor de la democracia trae su causa en el principal motivo por el que es instaurado el Consejo de Europa: establecer un consenso general que evite nuevos brotes de totalitarismo como los que provocaron las gravísimas violaciones de los derechos humanos y libertades públicas en el segundo conflicto bélico mundial. De hecho, se recoge como un objetivo genérico de la organización en el artículo 1.a) del Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949: “alcanzar una mayor unidad entre sus Miembros con el propósito de salvaguardar y realizar los ideales y principios que constituyen su tradición común, así como facilitar su progreso económico y social”. En lo que refiere al segundo pilar de protección de los derechos humanos, aparece reflejado en el apartado b) del también artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa como uno de sus fines de acción común (“en el mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”) y en el artículo 3 del mismo texto fundacional, donde se alude también el tercer valor de Estado de Derecho: “todo Miembro del Consejo de Europa reconoce el principio de la preeminencia del Derecho y el principio en virtud del cual toda persona que se halle bajo sus jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

⁴Su denominación real es el Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales del 4 de noviembre de 1950. El Convenio entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Por otro lado, debe apuntarse que la pertenencia como Estado miembro al Consejo de Europa implica la adopción automática del Convenio.

la Segunda Guerra Mundial. Esta afirmación queda reflejada en su Preámbulo que establece que la profunda adhesión a la protección y el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales “constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo” reposando su mantenimiento “esencialmente, de una parte, en un régimen verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respecto comunes de los derechos humanos que ellos invocan”. Con esta determinación, el Convenio de Roma de 1950, “da nacimiento al Derecho europeo de los derechos humanos⁵” y, por ende, al sistema europeo de derechos humanos. Ciertamente, lo más característico de este nuevo sistema no será tanto la cuantía de los derechos reconocidos, sino un prometedor y eficaz mecanismo de control que permitirá atender los reclamos de los Estados miembros y los particulares sometidos a su jurisdicción por la presunta violación de sus derechos fundamentales.

En este sentido, consustancial a la fase de elaboración del Convenio de Roma, el Consejo de Europa había previsto la necesidad de un mecanismo de control, un órgano singular, “capaz de aplicar las sanciones necesarias” para que se respetase el catálogo de derechos fundamentales contenido en el Convenio (Mensaje a los Europeos, 1948). Ahora bien, el sistema de garantía no se centró exclusivamente en la creación de un único órgano, sino en la instauración de un sistema tripartito de protección donde el TEDH era una pieza más que, si bien de mayor peso, constituyó, junto a la Comisión Europea y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, un auténtico sistema de engranaje⁶. Así, no fue hasta la entrada en vigor del Protocolo Adicional nº11⁷, cuando se consolida el TEDH como órgano único, de carácter permanente, que sustituye a la Comisión y al anterior tribunal. Esta afirmación resulta del hecho de que, con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo nº11, la Comisión Europea era el órgano ante el cuál los individuos debían dirigirse para alegar la vulneración del Convenio. Seguidamente, este órgano se

⁵SUDRE, F: *La Convention européenne des droits de l'homme*. Paris, PUF (Collection ‘Que sais-je?’), nº2513, 2ª de., 1992, p.7

⁶Sobre el antiguo sistema de protección de los derechos contenido en el CEDH antes de la adopción del Protocolo 11º y la relación procedimental entre la Comisión Europea, el TEDH y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, véase El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, organización y funcionamiento, documento preparado por la Secretaría del TEDH, septiembre de 2003 recogido en MORTE GÓMEZ, Carmen, *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 119-227. Véase, también, DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 15º ed., Madrid, 2005, p.609-634.

⁷El Protocolo Adicional nº11 al CEDH entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

pronunciaba acerca de la admisibilidad de la demanda y se encargaba de establecer los hechos y, en caso de que la demanda fuera admisible y no fuera posible un acuerdo amistoso, podía remitir la demanda al Comité de Ministros – generalmente por existir sobrada jurisprudencia de este órgano al respecto – o elevar la demanda – siendo lo más normal – al TEDH. De este modo las demandas particulares debían pasar "el filtro" del Comité de Ministros para que el TEDH se pronunciara sobre las mismas por medio de una sentencia definitiva y de carácter declarativo. Si bien es cierto que después de la entrada en vigor del Protocolo Adicional nº9⁸, este requisito de filtro se suavizó al otorgar la posibilidad al particular de elevar el caso directamente ante el Tribunal pero con el previo tratamiento de un Comité de jueces que decidía si éste examinaba o no el caso, no fue hasta la entrada en vigor del Protocolo nº11 cuando el Comité de Ministros perdió su función cuasijurisdiccional y la Comisión y el antiguo TEDH desaparecieron adquiriendo sus funciones el nuevo TEDH⁹. Así pues, es a raíz del Protocolo nº11 cuando este órgano internacional cobra toda su singularidad al poseer, por un lado, jurisdicción exclusiva, pues el Comité de Ministros mantiene únicamente su competencia en cuanto al seguimiento de la ejecución de las sentencias¹⁰ y, por otro, jurisdicción obligatoria para conocer de todos los asuntos que versen sobre la interpretación y aplicación del Convenio.

En lo que concierne a la función protectora del TEDH y las posibilidades de acceso a su tutela, el entramado del CEDH, como señala uno de sus redactores, P.H. TEITGEN, comprende un catálogo de derechos humanos fundamentales al que nutre de

⁸El Protocolo Adicional nº9 al CEDH entró en vigor el 1 de octubre de 1999.

⁹Por contra, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos las demandas individuales deben interponerse primeramente ante la Comisión Interamericana y ésta decide, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo amistoso y cuando las recomendaciones al Estado interesado no son satisfechas en el plazo de tres meses, remitirla a la Corte Interamericana siempre que el Estado demandado haya firmado la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y aceptado la jurisdicción de la Corte. Similar mecanismo es el que rige en el sistema africano de protección de los derechos humanos, donde la Corte Africana puede dictar decisiones vinculantes y ordenar medidas de reparación en comunicaciones individuales sólo cuando el Estado afectado haya reconocido expresamente su competencia adjudicatoria y previamente tras sido objeto de examen por la Comisión Africana.

¹⁰No obstante, es preciso apuntar que con el último Protocolo nº 14 de reforma del sistema de garantía del CEDH que entró en vigor el 14 de mayo de 2004, el Comité de Ministros adquiere dos nuevas competencias complementarias al seguimiento de la ejecución de las sentencias. En primer lugar, el Protocolo añade un párrafo tercero al artículo 46 del Convenio que establece que el Comité puede solicitar una opinión al Tribunal, por mayoría de dos tercios, sobre la interpretación – entiéndase aclaración – de una sentencia cuando no resulte claro cuáles son las obligaciones que se derivan de la misma para el Estado condenado. En segundo lugar, contempla en el también nuevo párrafo cuarto del artículo 46 del Convenio, un recurso por incumplimiento ante la Gran Sala del Tribunal de manera que si el Comité considera que el Estado que ha sido condenado se niega a acatar la decisión del tribunal, por mayoría de dos tercios, podrá plantear al Tribunal si la pasividad del Estado en la ejecución de la sentencia constituye una nueva vulneración del Convenio.

un sistema de garantía colectiva en el que todos los Estados parte quedan implicados. Ahora bien, debe precisarse que el objetivo del sistema de protección era – al menos en su origen – “evidenciar ante la comunidad europea las posibles contravenciones de las obligaciones derivadas del CEDH por los Estados, y no tanto resarcir a una víctima de los posibles daños sufridos¹¹”. Ello se explica advirtiéndose el contexto en el que se elabora el CEDH: la finalización de la Segunda Guerra Mundial que abre paso a la común aspiración de los Estados de Europa Occidental de concordia y paz y a la identidad europea que queda materializada en la asunción de los Estados de las obligaciones contenidas en un mismo texto, un texto común. De este modo, el acceso de los particulares al Tribunal puede calificarse como un logro del desarrollo del sistema y no, por ende, el deseo inicial del Convenio de ofrecer un remedio a los particulares.

Teniendo presente lo anterior, los artículos 33 y 34 CEDH, conceden la posibilidad de interponer ante el Tribunal no sólo demandas interestatales, esto es, de un Estado contra otro Estado, sino demandas individuales, es decir, demandas presentadas directamente por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental. De hecho, resulta paradójico que desde la adopción del CEDH la mayor parte de la jurisprudencia del TEDH se nutre – con diferencia – de la respuesta otorgada a los individuos ante una previa y posible vulneración de sus derechos fundamentales¹².

Esta garantía colectiva a la que veníamos haciendo referencia significa, en primer lugar, que los derechos humanos deben protegerse con independencia de que exista un vínculo de nacionalidad entre el Estado demandando y el particular afectado por la vulneración del derecho (artículo 1 CEDH)¹³; ello implica que la persona que ha sufrido la vulneración únicamente debe cumplir con el requisito de estar sometida a la jurisdicción del Estado demandado. Pero es que, además, en segundo lugar, – y como

¹¹QUERALT JIMENEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 88.

¹²Puede, sin embargo, no entrañar rareza al lector esta afirmación si se repara en el "efecto boomerang" que se produce en lo que a la interposición de demandas interestatales se refiere. Este efecto explica la tendencia que existe de no cuestionar la tutela de los derechos humanos que realiza otro Estado miembro sobre las personas sometidas a su jurisdicción en la medida en que ese supuesto Estado no protector puede con posterioridad y, a la mínima presunta violación de los derechos humanos, interponer una demanda contra el Estado que lo demandó

¹³La redacción del artículo 1 CEDH de la que se extrae lo expuesto es la siguiente: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

veníamos apuntando – un Estado parte puede demandar a otro, sin que el Estado demandado haya afectado a los derechos de su nacionales. Es concretamente, en las demandas interestatales, donde se manifiesta con toda su pujanza la garantía colectiva: en este caso el Estado que presenta la demanda estaría actuando en defensa del interés general del CEDH. Un ejemplo de ello, fueron las demandas presentadas por Holanda, Noruega, Dinamarca, y Suecia contra Grecia en 1967, en las que denunciaron el incumplimiento por Grecia de sus obligaciones convencionales tras el golpe de Estado militar.

No obstante, y he aquí la importancia de la funcionalidad del TEDH, la protección que concede este órgano es excepcional y subsidiaria, puesto que son los jueces nacionales de los Estados parte los encargados, en primer término, de responder ante posibles violaciones de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción. En este sentido se pronuncia el artículo 35 CEDH que establece, como condición de admisibilidad de las demandas individuales, el agotamiento de las vías internas antes de acudir al Tribunal de Estrasburgo. Ciertamente existen diversos factores que explicarían el principio de subsidiariedad, sin embargo, quizá el más claro sea el que señala PASTOR RIDRUEJO entre otros autores: la proximidad, e incluso la inmediatez de los tribunales nacionales a los ciudadanos¹⁴.

El Tribunal de Estrasburgo, en numerosas ocasiones, se ha pronunciado sobre este principio de forma contundente y clara. Sirva de ejemplo la STEDH Caso Miragall Escolano contra España, de 23 de enero de 2000, cuyo párrafo 33 advirtió: “El Tribunal reitera que su función no es ocupar el lugar de los tribunales internos. Es tarea primordial de las autoridades nacionales (...) resolver los problemas de interpretación de las leyes internas (...). Corresponde al TEDH simplemente verificar si los efectos de tal interpretación son compatibles con la Convención”.

Ahora bien, debe señalarse que el artículo 13 del Convenio protege el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Ello implica que sólo se requiere el agotamiento de los recursos internos siempre y cuando “existan con suficiente grado de

¹⁴Al respecto, puede verse PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos*, texto mecanografiado para su publicación en CEBDI vol VIII, 2004.

certeza no sólo en teoría sino también en la práctica, sin lo cual faltaría la efectividad y accesibilidad requeridas¹⁵". Por ende, sólo deben agotarse los recursos internos disponibles y adecuados; además según los "principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos", existen ciertas circunstancias particulares que pueden dispensar al demandante de la obligación de agotar los recursos internos que se le ofrecen¹⁶. En este punto es de recibo destacar que, a menudo, los demandantes sometidos a la jurisdicción interna española – en no contadas ocasiones – han sido exentos de aguardar a que la última instancia se pronunciara sobre su reclamación¹⁷ cuando el proceso interno en el que se encontraban inmersos se excedía en su duración indebidamente. En esta línea se pronunció el TEDH en la Decisión Sánchez contra España, de 25 de noviembre de 2003, que permitió el acceso directo del demandante a su jurisdicción sin agotar la vía indemnizatoria del artículo 292 y ss. LOPJ, al tener en cuenta que aquel había invocado la queja relativa a las dilaciones indebidas ante el propio al Tribunal Constitucional y que éste no se había pronunciado al respecto.

Lo antedicho, supone otorgar al TEDH la función instrumental de protección de los derechos humanos contenidos en el Convenio; función que únicamente deberá llevarse a cabo cuando los derechos homólogos recogidos en las Constituciones o legislaciones internas no hayan gozado de la suficiente salvaguardia por parte de sus respectivos tribunales nacionales. De este modo, en virtud del principio de subsidiariedad, el Tribunal de Estrasburgo se erige como mecanismo último de protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo pero no por ello queda limitado su afán de garantía y defensa de los derechos del Convenio tal y como explicaremos a continuación.

¹⁵STEDH *Selmouni c. Francia*, de 25 de abril de 1978, párrafo 74.

¹⁶Algunas de estas circunstancias pueden apreciarse en la STEDH *Van Oosterwijck c. Bélgica*, de 6 de noviembre de 1980.

¹⁷A menudo esta última instancia a la que puede acudir el demandante en nuestra jurisdicción interna es el Tribunal Constitucional español. Sin embargo, debemos introducir una matización teniendo en cuenta que existen determinados derechos como el derecho de propiedad del artículo 33 de la Constitución Española que no son recurribles en amparo, y por ende, no pueden ser objeto de tutela por el Tribunal Constitucional español. Así, la última instancia para este grupo de derechos – y siempre que su vulneración no esté relacionada con la transgresión de otro derecho sí recurrible en amparo – no sería este órgano constitucional sino la última instancia que le antecedió. Así lo puso de manifiesto el TEDH en su Decisión de 19 de enero de 1999 en relación al Caso De Parias Merry c. España.

1.2. Función de interpretación y desarrollo de los derechos fundamentales del CEDH

De la comprensión conjunta de los preceptos convencionales referentes a la competencia contenciosa del TEDH, la doctrina – sin disquisiciones – ha atribuido al TEDH la función de interpretar de manera auténtica el Convenio de Roma¹⁸.

En efecto, el principio de subsidiariedad no impide que cuando un asunto llega finalmente al TEDH sea esta jurisdicción la que disponga si la interpretación que han hecho los jueces nacionales de los derechos constitucionales es compatible o no con el estándar europeo. Ello entraña que, cuando el Tribunal entra a conocer sobre el fondo de un asunto, la decisión que establezca resolverá la colisión entre la disposición interna y el CEDH sin la posibilidad de recurso alguno y, por ende, con efectos definitivos¹⁹ y concluyentes.

Ahora bien, en lo que respecta a la imposibilidad de interponer recurso alguno contra las sentencias del TEDH, debe repararse en la excepción del recurso por incumplimiento ante la Gran Sala que añadió el Protocolo nº14 en el párrafo 4 del artículo 46 del Convenio. Este artículo tiene la finalidad de que el Estado condenado ejecute la sentencia de condena previendo que el Comité de Ministros podrá elevar el caso ante a Gran Sala que decidirá entonces si la pasividad del Estado – en la ejecución de la sentencia – constituye una nueva vulneración del Convenio. La importancia de este artículo radica especialmente en que, si el Tribunal de Estrasburgo constata que la inacción del Estado en la ejecución de la sentencia produce vulneraciones graves del Convenio, el Comité de Ministros intentará influir en el Estado para que ofrezca al demandante la posibilidad de pedir la reapertura del procedimiento a nivel nacional. En este sentido, la Recomendación R(200)2 de 19 de enero de 2000, consideró que el re-examen del caso o la reapertura del procedimiento interno es el “medio más eficaz, incluso el único, para efectuar la *restitutio*

¹⁸No obstante, aunque la función de interpretación debe deducirse de la comprensión conjunta del articulado del Convenio, hay autores que afirman que el artículo 32.1 CEDH es suficiente para dotar al TEDH de la función de máximo y auténtico interprete del CEDH. Este artículo dictamina: “1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47. 2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma”.

¹⁹Es comúnmente aceptado por la doctrina que las sentencias del TEDH son además de declarativas y definitivas, obligatorias. Al respecto, véase RUIZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997, p.28 y ss; QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación ...*, op. cit., p. 7-36.

in integrum”. No obstante, el Comité de Ministros es, sin embargo, prudente en este aspecto y sólo actúa en "situaciones excepcionales ". De hecho, existen Estados que no han previsto un procedimiento de reapertura entre los que figura España.

En lo que concierne al carácter definitivo de las sentencias, en efecto, esta expresión no sólo implica la terminación del proceso sino la creación de una nueva fuente interpretativa que aclare el debido encuadre de una ley o disposición interna en el marco de protección de los derechos humanos del Convenio y que los Estados miembros deben observar. Como ejemplo significativo debe mencionarse la Sentencia Costa y Pavan contra Italia, de 28 de agosto de 2012 en la que el Tribunal de Estrasburgo resolvió que determinadas leyes y disposiciones italianas vulneraban el derecho al respeto a la vida privada y familiar contemplado en el artículo 8 del Convenio. El Tribunal alegaba que únicamente se permitían el acceso a técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantatorio para concebir hijos sanos a parejas estériles o aquellas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual pero no así a demandantes portadores de una enfermedad genética cuya única vía para tener hijos sanos es fecundarlos de manera natural y proceder a una interrupción del embarazo cada vez que el diagnóstico prenatal muestre que el feto está afectado. El Tribunal concluyó que ello suponía una incoherencia del sistema legislativo italiano y que tal denegación afectaba a la vida privada y familiar, al incluirse en este derecho el derecho al respeto de la decisión de ser padres de un hijo sano.

De todo lo expuesto se infiere que, es precisamente a propósito de las versátiles demandas que se formulan ante el Tribunal de Estrasburgo, cuando éste lleva a cabo su labor jurisprudencial; una labor jurisprudencial consistente en la interpretación dinámica y actual de los derechos contemplados en el CEDH.

Esta interpretación dinámica supone optar por un criterio teológico o finalista que se basa en el énfasis de la parte final de la regla de interpretación del artículo 3.1 del Convenio de Viena de 1969²⁰. De este modo, el sentido o la interpretación que debe otorgarse a los derechos ha de partir del objeto y finalidad del CEDH: la protección

²⁰El artículo 3.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 dispone que: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

efectiva y real de los derechos humanos en el contexto de la sociedad democrática europea actual. Ello se deduce de la jurisprudencia del TEDH que además ha caracterizado en reiteradas ocasiones al CEDH como “un instrumento vivo que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales²¹”.

La condición de texto vivo del CEDH implica que el TEDH, a la hora de pronunciarse sobre alguno de sus derechos, los entienda no desde la perspectiva del momento en que este texto internacional fue adoptado, sino desde el momento en que el citado está siendo aplicado. En dos significativas decisiones del Tribunal se aplica claramente este criterio; nos referimos a las SSTEDH *Henaf* contra Francia, de 27 de noviembre de 2003, y *Yankov* contra Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003. Ambos pronunciamientos – dictaminados en un pequeño lapso de tiempo – ponen de manifiesto la progresiva rebaja del grado del trato inhumano o degradante necesario para poder apreciar una lesión del artículo 3 del Convenio. En este sentido, en el primero de los casos, el TEDH aprecia una violación del Convenio por estar el actor, un preso multirreincidente, encadenado durante una noche a la cama de un hospital, aun cuando no había constancia alguna de la violencia de este instrumento. En el segundo caso, se pondera como trato prohibido al afeitado de la cabeza a un detenido. De tales sentencias, se infiere claramente que existe una lógica evolución del Tribunal en la apreciación de las circunstancias que redundan en un trato inhumano o degradante probablemente justificada por el hecho de que los umbrales del dolor que las sociedades modernas toleran, y están habituadas a soportar, han ido poco a poco aminorando.

Ahora bien, este criterio interpretativo no supone el reconocimiento implícito de una competencia cuasilegislativa del TEDH a modo de "activismo judicial". Es decir, no pueden crearse derechos totales, distintos y sin conexión material a los contemplados en el CEDH a través del desarrollo de los que sí aparecen explicitados. Así lo ha puesto de manifiesto de forma mayoritaria la doctrina y ha sido reconocido por el propio el TEDH, por ejemplo, en el Caso *Johnson* contra Irlanda en el que denegó la posibilidad de inferir implícitamente del artículo 12 CEDH un derecho al divorcio²².

²¹Véase el tenor literal de las SSTEDH *Tyrer c. Reino Unido*, de 25 de abril de 1978, párrafo 32; *Soering c. Reino Unido*, 7 de julio de 1989, párrafo 102; *Loizidou c. Turquía*, 20 de marzo de 1995, párrafo 71.

²²STEDH de 18 de diciembre de 1986, párr.53.

Los Estados parte al ratificar el Convenio se comprometen a respetar unos concretos derechos que son únicamente los que se encuentran ahí expresados. Luego, aquellos derechos que no fueron contemplados en el Convenio y que, por tanto, no fueron aceptados de forma general, han sido objeto de tratamiento por parte de los Protocolos Facultativos que los Estados parte pueden ratificar cuando lo encuentren pertinente²³. Sobre tal aspecto, ha de señalarse que, de hecho, los Protocolos Facultativos se han convertido en la auténtica vía de ampliación – aunque no la principal – del catálogo de derechos humanos y libertades fundamentales puesto que éste es el único mecanismo que permite *stricto sensu* la creación de nuevos derechos en el Convenio. Esto es cierto si tenemos en cuenta lo que veníamos apuntando sobre la imposibilidad de este órgano de ejercer una función cuasilegislativa a la hora de interpretar los derechos explicitados en el Convenio. No obstante, ello no imposibilita la gran labor de actualización de los derechos que desempeña su jurisprudencia como resultado de la interpretación de la Convención como texto vivo. Esta particular interpretación ha permitido no sólo favorecer una mayor precisión de los elementos o circunstancias que pueden dar lugar a la violación de un derecho – como expusimos anteriormente en relación al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes – sino también actualizar el articulado del CEDH extendiendo el significado de los derechos fundamentales a otros campos de actuación. En este sentido, la jurisprudencia del TEDH ha llevado a cabo una importante labor de concreción del derecho a la vida privada y familiar estableciendo que la reagrupación familiar forma parte del contenido de este derecho porque aunque el artículo 8 del Convenio no imponga a los Estados una obligación general de admitir la reagrupación de los miembros de la familia en su territorio, “(...) no se puede excluir que las medidas tomadas en el ámbito de la inmigración sean susceptibles de vulnerar el derecho al respeto de la vida familiar del artículo 8 del Convenio²⁴”. Por otro lado, como otra expresión del derecho a la vida privada y familiar, si bien es cierto que el TEDH no ha reconocido expresamente en su jurisprudencia un "derecho" al aborto – ni siquiera en el supuesto de riesgo de muerte para la madre – , en las SSTEDH Tysiac contra Polonia, de 20 de marzo de 2007; A, B y C contra Irlanda, de 16 de diciembre de 2010; y P. y S contra Polonia,

²³Ciertamente, los Protocolos adicionales originan cierto relativismo jurídico en la aplicación del Convenio puesto que sólo obligan a aquellos Estados que los hayan firmado. Así, por ejemplo, el derecho a la propiedad recogido en el Protocolo nº1 únicamente será protegido por el sistema garantista del Convenio siempre y cuando el Estado demandado haya ratificado el citado Protocolo.

²⁴SSTEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1995; STEDH *Gül c. Suiza*, de 19 de febrero de 1996 ; STEDH *Ahmut c. Países Bajos*, de 28 de noviembre de 1996, STEDH *Sen c. Países Bajos*, de 21 de diciembre de 2001.

de 30 de octubre de 2012 se aprecia cómo el Tribunal sanciona a sendos países por no establecer medidas que hagan efectiva la posibilidad de abortar en los supuestos estipulados en las leyes nacionales. Esto es, una vez que los Estados miembros aprueban unas excepciones a la prohibición de abortar, el TEDH lleva a cabo lo que algunos juristas denominan "la defensa procedimental del aborto" velando porque los ordenamientos internos que prevén cauces legales de aborto los hagan realmente efectivos.

1.3. Función de armonización

A propósito de la necesidad de concreción de los derechos contenidos en el CEDH, el TEDH lleva a cabo la que he clasificado como su tercera función: la función de armonización.

Como ya adelantamos anteriormente, la función de armonización o, para ser más exactos, el proceso de armonización, puede definirse como el asentamiento progresivo por parte de la jurisprudencia del TEDH de los criterios aplicados en la interpretación de los derechos fundamentales contemplados en el CEDH, de tal manera que dichos criterios sean utilizados como "canon, guía o instrumento interpretativo por las jurisdicciones internas en sus decisiones". Es decir, los Estados parte del Convenio adoptan la interpretación que hace el TEDH sobre un derecho fundamental contenido en el CEDH a la hora de pronunciarse sobre el correspondiente derecho presente en sus constituciones o legislaciones internas. Luego, sus sentencias no sólo tendrían efectos "inter partes" como a continuación expondremos.

Como podemos comprobar las tres grandes funciones del TEDH (función instrumental, de interpretación y desarrollo, y armonizadora) se encuentran interrelacionadas. En efecto, para que un individuo pueda acudir al TEDH, debe agotar previamente las vías internas que el ordenamiento de su Estado prevé. Habiendo sido respetado el principio de subsidiaridad, el TEDH se encuentra entonces en condición de pronunciarse sobre el asunto en cuestión y, para ello, deberá llevar a cabo una labor interpretativa de los derechos contenidos en el CEDH con las peculiaridades que expusimos anteriormente. Ahora bien, cada vez que el TEDH emite una sentencia sobre un asunto concreto y que es de obligado cumplimiento para el Estado que ha provocado la violación de alguno de los derechos o libertades del CEDH se desencadena la tercera

función o efecto que el Tribunal provoca – esta vez – con respecto a la totalidad de los Estados parte del Convenio de Roma. Se trata del efecto armonizador que produce la jurisprudencia del TEDH, considerada en su globalidad, en la jurisprudencia de los tribunales nacionales cuando deben pronunciarse sobre un derecho presente en su ordenamiento internos y que además halla su equivalente en el CEDH. Así pues, el TEDH, a golpe de sentencia sienta progresivamente una base interpretativa que todos los tribunales nacionales deben tener en consideración cuando resuelven sobre alguno de los derechos correspondientes a los previstos en el CEDH. Esta afirmación cobra todo su sentido en las SSTEDH Caso Valenzuela Contreras contra España, de 30 de abril de 1998 y Caso Prado Bugallo contra España, de 18 de febrero de 2003, relativas a la garantía efectiva del derecho al secreto de las telecomunicaciones previsto en el artículo 8.2 del Convenio. Con ocasión de la primera de las sentencias, el Tribunal de Estrasburgo condenó a España declarando que la base legal en la que se sustentaba la garantía al secreto de las telecomunicaciones era insuficiente puesto que ni el artículo 18.3 CE ni las disposiciones de la LECrim contemplaban “algunas de las condiciones que se desprenden del Convenio, necesarias para asegurar la previsibilidad de la «ley» y garantizar en consecuencia el respeto de la vida privada y de la correspondencia”. Tras la condena a España por esta sentencia, el Tribunal intentó compatibilizar su legislación interna con la protección otorgada por el artículo 8 del Convenio previendo mayores requisitos procedimentales para garantizar el respeto al secreto a las telecomunicaciones. Así, tras la reforma de la Ley Órgánica 4/1988, de 25 de marzo, se incorporó un nuevo artículo 579 LECrim pero ello no consiguió evitar que España volviera a ser condenada en la sentencia de 2003 por insuficiencia y falta de calidad de su ordenamiento interno al no ofrecer una reglamentación exhaustiva en la materia. En efecto, el Tribunal estimó que las garantías que rodean la intervención de las comunicaciones telefónicas en España a tenor de las exigencias que se derivan de su jurisprudencia²⁵ no son adecuadas para evitar la arbitrariedad de los poderes públicos. En concreto la Ley de 1988, seguía sin precisar cuestiones como la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a las escuchas, la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, entre otras. En estas sentencias se aprecia pues cómo España es condenada consecutivamente por la inobservancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo que le exigió en dos ocasiones cambiar su legislación interna para compatibilizar el derecho al secreto de las

²⁵Particularmente la STEDH *Kruslin y Huwig contra Francia*, de 24 de abril de 1990.

telecomunicaciones contemplado en nuestra Constitución con la interpretación que sobre el mismo derecho se deriva del Convenio y que es desarrollada por su jurisprudencia.

Siendo ya conscientes de las posibilidades de desarrollo y armonización que ofrece la jurisprudencia del Tribunal Europeo, no debe en todo caso olvidarse que esta función está sujeta a límites. En este sentido, podemos adelantar que la función armonizadora debe tener presente en todo momento su carácter de mínimo común denominador y respetar el margen de apreciación nacional; un instrumento o técnica que, por lo pronto, podemos definir como el espacio de discrecionalidad del que gozan los Estados parte para fijar el contenido y alcance de las libertades y derechos fundamentales del CEDH en determinados casos y momentos.

2. LA FUNCIÓN ARMONIZADORA

Para entender correctamente la función de armonización del Tribunal de Estrasburgo, es necesario seguir una estructura lineal en su estudio. En este sentido, abordaremos, en primer lugar, dónde encuentra su origen; para continuar, en segundo lugar, con su justificación detallada; y finalizar, en tercer lugar, con los límites a los que se encuentra expuesta.

2.1. Origen de la función armonizadora: efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH

Una vez que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncia sobre un caso en particular, la sentencia que dictamina al respecto, produce un efecto directo en el Estado que ha vulnerado los derechos de la persona sometida a su jurisdicción. Se trata de lo que entre los estudiosos del Derecho se define como el “efecto directo”, “efecto interpartes” o “para el caso en concreto”. Así, este efecto únicamente atañe al Estado que ha sido demandado ante el TEDH y se traduce en las medidas que éste debe adoptar para la adopción del fallo, las cuales han de obedecer a la reparación del daño causado al individuo que ha visto vulnerado sus derechos²⁶.

²⁶Sobre las particularidades que presenta la ejecución de las sentencias hablaremos en otro punto posterior.

Ahora bien, ha sido comúnmente aceptado por la doctrina, que la resolución de un caso concreto, con la sola incidencia sobre el Estado demandado, provoca una influencia mucho mayor que impacta sobre la totalidad de los Estados miembros del Convenio de Roma; es lo que se conoce como el "efecto indirecto" o el "de cosa interpretada" de las sentencias del TEDH²⁷. Este efecto se explica como la tendencia de los Estados miembros a aplicar en sus litigios internos, la interpretación que el TEDH realiza sobre los derechos contenidos en el CEDH al hilo de su jurisprudencia. Es decir, cuando el Tribunal emite una sentencia, dicha sentencia provoca no sólo efectos directos para las partes sujetas a controversia, sino efectos indirectos o de cosa interpretada en todos y cada uno de los Estados parte en el Convenio. En este sentido, SAINZ ARNAIZ singulariza el efecto de cosa interpretada como “la adecuación de las jurisdicciones y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que de los derechos convencionales se deduce de las sentencias del Tribunal Europeo”. Así se puede afirmar que estos efectos rebasan la finalidad de la resolución para el caso concreto, cual es la reparación del daño causado a la víctima de la vulneración, predisponiendo a los Estados partes a que acojan internamente los pronunciamientos que, sobre análogos derechos pero en relación a otros países miembros, dictamina el Tribunal de Estrasburgo.

2.2. Delimitación y fundamentación de la función armonizadora

El cometido del presente epígrafe es estudiar la fundamentación de la función armonizadora del TEDH que tiene lugar con ocasión del "efecto directo" o "interpartes"

²⁷Ha de concretarse que, aunque el efecto de cosa interpretada es de aceptación general por parte de la doctrina, no es una cuestión nada pacífica la vinculatoriedad de los Estados parte del CEDH a los efectos de cosa interpretada. Al respecto, véase QUERALT JIMENEZ, Argelia, *La interpretación ...*, op., cit., p. 71-76, que explica las distintas posturas que adopta la doctrina. Así, hace referencia a la negación del carácter jurídico de la cosa interpretada, pasando por la juridicidad relativa de la cosa interpretada y finalizando con la obligatoriedad jurídica de la cosa interpretada. Nuestro trabajo parte en mayor medida de la obligatoriedad jurídica de la cosa interpretada, postura que es compartida por la autora; si bien tal afirmación debe atender a una compleja explicación de los elementos y argumentos que refieren a la efectividad de la obligatoriedad jurídica; explicación que no puede ser expuesta en este momento y que en nada afecta a la finalidad del presente trabajo. Por otro lado, existen autores que utilizan otro nombre para referirse a este concepto. Por ejemplo, RODRIGUEZ, Ángel alude al efecto indirecto de las sentencias del TEDH mediante el "impacto interno de la Convención". En este sentido, véase RODRIGUEZ, Ángel, *Integración Europea y derechos fundamentales*, Madrid, 2001, Civitas, p.136-160 y RODRIGUEZ, Ángel, “La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional”, *Revista de Derecho Político*, nº23, 2015, p.75-102. También véase QUERALT JIMENEZ, Argelia, *La interpretación...*, que emplea, en ocasiones, más concretamente el término "autoridad de cosa interpretada", refiriéndose a la autoridad propia de la jurisprudencia del Tribunal en tanto que intérprete de las disposiciones del CEDH.

y, sobre todo – pues es lo que produce el efecto armonizador *stricto sensu* – del "efecto indirecto" o "de cosa interpretada". En definitiva, se trata de comprender cuál es la base legal existente para que los tribunales internos acojan la jurisprudencia del Tribunal Europeo tanto cuando se pronuncia sobre un caso en el que son parte implicada como cuando se trata de sentencias que se emiten en relación a otros Estados pero de la que emerge una nueva facultad, garantía, dimensión o interpretación de un derecho del Convenio. Así, en este punto debemos examinar la armonización desde dos aspectos significativamente distintos: por un lado, desde el punto de vista de la ejecución de las sentencias de los Estados sobre los casos que han sido dictados contra aquellos ("efecto directo") y, por otro, desde la aplicación de la jurisprudencia del TEDH – entendida de forma genérica – por todos los Estados miembros ("efecto indirecto").

Comenzando por el estudio del "efecto directo", es bien sabido – y aunque aún existan controversias en esta materia – que las sentencias del TEDH de derechos humanos son obligatorias y definitivas, pero no ejecutivas. Esta afirmación se infiere del artículo 46 CEDH al establecer que: 1) Las Altas Partes Contratantes se comprometen a *acatar* las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes; y 2) La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su *ejecución*. No cabe duda, pues, que el Estado respecto del que se declara por el Tribunal que ha cometido una violación del Convenio, tiene la obligación de acatar y de dar efectividad al contenido de la sentencia. Sin embargo, el texto internacional europeo no establece el modo ni el mecanismo para llevarla a cabo; tan sólo prevé que el control del cumplimiento de esa obligación derivada del pronunciamiento de la sentencia se confía al Comité de Ministros, ni siquiera al Tribunal²⁸. Así, serán las autoridades de los Estados miembros del Consejo de Europa las encargadas de ejecutar las sentencias.

En efecto, que sean los Estados miembros los encomendados a proceder a la ejecución de los pronunciamientos del TEDH, se debe a la consolidada doctrina que estima que las sentencias del Tribunal son declarativas. Este carácter declarativo deviene a su vez de la afirmación – como así lo demuestra la trascendente jurisprudencia del

²⁸No nos detendremos en la función de vigilancia del Comité de Ministros de la ejecución de las sentencias del TEDH y, más concretamente, al recurso a la ejecución forzosa (recurso por la pasividad del Estado en la ejecución de la sentencia del TEDH previsto en el artículo 46.4 CEDH) en la medida en que ya fue objeto de estudio anteriormente.

Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional español – de que el TC no es un órgano supranacional y por tanto jerárquicamente superior a nuestras instancias internas. Así pues, no es un órgano de apelación, ni de casación, ni de revisión que pueda revocar, anular o corregir las decisiones de las autoridades judiciales o administrativas de un Estado, ni anular una norma de Derecho interno.

Volviendo al procedimiento de ejecución, cuando el Tribunal dicta una sentencia, al ser ésta declarativa, se limitará a declarar la violación del Convenio cometida por el Estado demandado y no contendrá un pronunciamiento de condena, “salvo en los casos en que por no ser posible reparar las consecuencias de la violación cometida conforme al derecho interno de dicho Estado, conceda a la parte perjudicada una satisfacción equitativa (indemnización) a cargo del mismo²⁹”. De este modo será este Estado miembro el encargado de dar ejecución a la sentencia adoptando las medidas adecuadas para asegurar la reparación en los derechos del particular dañado. A tal efecto, podrían requerirse medidas individuales – como la reapertura de procesos o la puesta en libertad de la persona encarcelada – o generales – con la consecuente adopción de medidas legislativas o judiciales³⁰.

En España, mientras que el pago de la satisfacción equitativa no acostumbra a plantear problemas, la adopción de medidas individuales o generales ha generado mayores controversias. En el contexto de las medidas individuales, el principal obstáculo a la ejecución de las sentencias del TEDH se plantea en relación con la reapertura de procesos terminados con sentencia firme. En este sentido, en ocasiones, la reparación del derecho violado sólo puede conseguirse a través de la reapertura de procesos fenecidos. No obstante, la legislación española – como ya advertimos anteriormente –, y la mayoría de los Estados miembros, no contemplan la posibilidad de reapertura para dar cumplimiento a una sentencia del TEDH³¹. Ciertamente, el problema de España y de la

²⁹www.tirant.com/actualizaciones/an196.doc, visto el 28 de mayo de 2016.

³⁰Esta distinción se menciona en TORRES PÉREZ, Aida, “Capítulo 19. El impacto del Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Protección multinivel de los derechos humano*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Madrid, 2013, p.46.

³¹Como expusimos hace unos instantes, se ha rechazado que las sentencias del TEDH puedan ser consideradas como un hecho nuevo a efectos del recurso de revisión. Basta con observar que cuando el TEDH estima la violación de una decisión que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, no cabe en nuestro ordenamiento jurídico solicitar la nulidad de una sentencia ya firme (artículo 240.2 LOPJ) ni acudir al recurso extraordinario de revisión al no estar previsto (artículo 954 LECrim).

mayoría de los Estados miembros del Convenio es que no hay una normativa procesal que disponga cómo el poder judicial debe cumplir una sentencia de Estrasburgo. Luego, ¿cómo se desarrollan específicamente estas medidas si no hay una normativa procesal que permita encauzarlas?. Realmente, la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos va a depender de la buena voluntad de los Estados miembros, esto es, de la disposición al acatamiento de sus pronunciamientos y, por ende, a la reparación efectiva de los derechos vulnerados.

Siendo muy cuestionada la intensidad en la ejecución que nuestro país realiza de las sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo, debemos no obstante destacar que en ocasiones nuestro Tribunal Constitucional ha "creado" ciertos artificios para adoptar las medidas más adecuadas en la ejecución de sus pronunciamientos. En este sentido – y ante el limbo jurídico interno que existe en materia de ejecución de sentencias del TEDH – cuando la vulneración del derecho que proclama el Tribunal trae causa en una sentencia judicial firme, en determinadas circunstancias, y con carácter excepcional, el TC ha admitido la utilización del recurso de amparo como cauce para dar eficacia interna a las sentencias del TEDH sobre la base de la doctrina de la “violación actual” de un derecho fundamental³². Esta doctrina fue elaborada por la STC 245/1991, de 16 de diciembre tras la condena a España por la STEDH Caso Barberá, Messegué y Jabardo contra España, de 6 diciembre 1988 (más conocido a nivel interno como "Caso Bultó"). Los designios de esta doctrina son que para que el TC anule una sentencia de instancia en aras a dar eficacia interna a una sentencia del TEDH es necesario que pervivan los efectos derivados de la vulneración del derecho. Sin embargo, el alcance de esta doctrina es restringido; en la práctica nuestro TC la ha circunscrito a aquellos casos en los que está pendiente de cumplimiento una condena de privación de libertad.

En otras ocasiones, y excepcionalmente, el TEDH ha querido dotar de una mayor garantía a la ejecutabilidad de sus sentencias, incluyendo en el fallo la orden expresa de poner en libertad al demandante de forma inmediata, como en la famosa STEDH Caso Del Río Prada contra España, de 21 de octubre de 2013 sobre "la doctrina Parot". El Tribunal declaró que si bien en principio, el Estado demandado es libre de escoger las

³²TORRES PÉREZ, Aida, “Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España”, *Revista española de derecho europeo* n°21, Madrid, 2007, Civitas, p-160-166.

medidas con las que satisfacer el derecho vulnerado, en determinados casos, “el Tribunal puede hacer una indicación del tipo de medidas individuales y/o generales que podrían ser adoptadas con el propósito de poner punto y final a la situación que dio pie a la declaración de una infracción” concluyendo además que “(...) en otros supuestos excepcionales, la naturaleza de la infracción declarada puede no dejar opción a elegir para remediar la infracción y el Tribunal puede decidir indicar la única medida posible”.

Tras este análisis sobre la ejecución de las sentencias del TEDH, lo que queremos destacar es que si bien la fundamentación del estricto proceso armonizador ("efecto indirecto") discurre por otra vía de fundamentación distinta – que explicaremos a continuación – este proceso sólo será realmente efectivo si concurren en mi opinión dos requisitos:

En primer lugar, que los tribunales internos de los Estados miembros tengan en cuenta la interpretación que las sentencias declarativas han hecho de un derecho análogo en sus legislaciones cuando se pronuncien en un futuro sobre el mismo derecho. Debe precisarse que cuando el Tribunal se pronuncia con ocasión de un asunto en concreto, esta sentencia estará a su vez afectada por los pronunciamientos que sobre el mismo derecho haya dictaminado el Tribunal. Por ende, debemos precisar que el "efecto indirecto" desempeña desde el inicio un papel significativo pudiendo constatarse en mi opinión que, en realidad, el proceso armonizador es un proceso "circular y devolutivo". En este sentido, la sentencia que se emite con respecto a un asunto y Estado en concreto está a su vez influenciada por las sentencias previas que sobre el mismo derecho y con respecto a otros Estados haya efectuado el Tribunal. A su vez, esa sentencia dictada para ese Estado afectará al devenir de la jurisprudencia concerniente al derecho en cuestión, no sólo a nivel interno sino respecto al resto de Estados.

Por otro lado, y en segundo lugar, aunque la función armonizadora únicamente atiende de forma estricta al esfuerzo del Tribunal porque la interpretación declarativa de los derechos fundamentales que realiza a través de su jurisprudencia sea acogida por los tribunales internos en sus pronunciamientos, a mi parecer, el proceso armonizador sólo se entenderá exactamente realizado si además se implementan a nivel interno las medidas que son necesarias precisamente para dotar de garantía a esa nueva, actual o dinámica interpretación de los derechos. Al respecto téngase en cuenta que el TEDH tiene

declarado desde siempre que “el propósito del Convenio no es garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino derechos prácticos y efectivos³³”. Así, para que esta garantía se defina como práctica y efectiva no basta, como decíamos, con la interpretación declarativa que el Tribunal haga de los derechos recogidos en el Convenio y que los tribunales internos deben tener en cuenta al dictaminar sus sentencias, sino que, en adición, deben adoptarse las medidas adecuadas para que esa nueva interpretación de los derechos sea efectiva en la práctica. Sin embargo, no existen cauces procesales para hacer real esta intención. Por ello, únicamente se puede confiar en la buena disposición de los Estados en la ejecución de las sentencias del Tribunal, lo que no está exento de dificultades. Como hemos podido comprobar, las interpretaciones de los derechos del Convenio, no sólo pueden demandar cambios legislativos a nivel interno sino también la adopción de otras medidas que son severamente reprochadas por la opinión pública, como ocurrió con la liberalización de Inés del Río que fue miembro de la banda terrorista ETA, hoy al parecer disuelta.

Siendo ahora nuestro objeto de estudio la fundamentación jurídica del "efecto indirecto" de las sentencias del TEDH, debemos comenzar destacando que la utilización de los tribunales nacionales de la jurisprudencia del TEDH como instrumento interpretativo de sus propios catálogos de derechos fundamentales se debe al artículo 1 del Convenio, del que se aduce la obligación general de compatibilidad de las decisiones internas con la interpretación auspiciada por el Tribunal de los derechos y libertades contenidos en el Convenio. En otros casos, la interpretación acorde con el estándar europeo es más clara al existir una norma interna que así lo prevé. Sirva de ejemplo nuestra Constitución Española que dispone claramente en su artículo 10.2 la obligación de interpretación conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos³⁴. Aprovechando esta alusión a nuestro ordenamiento jurídico, es pertinente hacer referencia a la STEDH Caso Moreno Gómez contra España, de 16 de noviembre de 2004 sobre el derecho al respecto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) en materia de medioambiente. El Tribunal estableció que España no había respetado la protección mínima establecida por Estrasburgo al haber introducido en la STC 119/2001

³³STEDH Caso Airey contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979, entre otras.

³⁴El artículo 10.2 de la Constitución Española establece textualmente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

– relativa al mismo asunto pero en la instancia previa interna – un elemento en el test de compatibilidad con los derechos fundamentales de la Constitución que acotaba el derecho del particular; en concreto, implantaba un requisito que gravaba la situación del particular frente a la Administración Pública al compelerle a demostrar un daño efectivo en su salud. El TC había introducido una nueva dimensión en el derecho análogo a la intimidad del artículo 8 CE que contravenía claramente la interpretación que, en esta vertiente del derecho al respeto a la vida privada y familiar, había realizado Estrasburgo. Así pues, en esta sentencia, el Estado español fue condenado precisamente por no haber llevado a cabo una interpretación compatible con el Convenio contraviniendo entonces la cláusula del artículo 10.2 CE.

No obstante, conviene resaltar que, aunque puede afirmarse que existe un seguimiento generalizado del canon europeo por las jurisdicciones internas, debe precisarse que tal seguimiento es desigual en su intensidad. En este aspecto resulta interesante hacer alusión a la clasificación que realiza QUERALT JIMÉNEZ sobre los distintos elementos que modulan la intensidad en el seguimiento de la jurisprudencia de Estrasburgo. Al respecto, establece la siguiente distribución:

- 1) Condicionantes inherentes del sistema: la continuidad y previsibilidad, como elementos favorecedores del diálogo existente entre Estrasburgo y las jurisdicciones nacionales en el proceso de armonización de mínimos³⁵; la claridad y calidad de la jurisprudencia de Estrasburgo como elementos que pueden verse afectados por la casuística desmesurada en la resolución de demandas y por el afán de productividad de los jueces europeos respectivamente; entre otros.
- 2) Condicionantes propios de los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados parte: la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de la CEDH; la posición que ocupa en el sistema de fuentes de los distintos Estados parte; la existencia de una declaración de derechos y su contenido; siendo éstas las más señaladas de entre otras muchas³⁶.

³⁵Esta cuestión de “mínimos”, y más concretamente el estándar mínimo de derechos, será abordada a continuación.

³⁶Para un mayor conocimiento consúltese QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo ...”, op., cit., p.439.

2.3. El proceso armonizador en términos de compatibilidad interpretativa. Los límites a los que se enfrenta: estándar mínimo de derechos y margen de apreciación nacional.

Uno de los aspectos más relevantes del proceso armonización es que el CEDH presenta un catálogo limitado de derechos y libertades fundamentales. Ello deviene del hecho de que, en el momento de redactar el CEDH, los redactores decidieron plasmar un texto de mínimos que representara las tradiciones políticas e ideales de las sociedades democráticas europeas en aras a que fuera ratificado por el mayor número de Estados posible. De esta forma, el CEDH, basándose primordialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, recogió derechos civiles y políticos y, sólo de manera muy excepcional, los llamados derechos económicos, sociales y culturales que serían objeto de tratamiento en la Carta Social Europea de 1961.

Ahora bien, el Convenio de Roma no sólo contempla un catálogo limitado de derechos y libertades, sino que además representa un nivel mínimo de garantía. Esta afirmación significa que el CEDH impone un sistema de protección mínima de cada uno de los derechos que recoge. Lo anterior se infiere del artículo 53 CEDH³⁷ que impide que la interpretación de los derechos del Convenio limite o perjudique los derechos y libertades fundamentales reconocidos en las legislaciones internas de los Estados parte. En efecto, de este artículo pueden derivarse dos consecuencias: en primer lugar, el Convenio de Roma, en tanto estándar mínimo de derechos, permite una mayor protección en los ordenamientos internos de sus derechos y libertades fundamentales³⁸ y, en segundo lugar, respeta la diversidad legislativa – que es producto de las diferentes tradiciones morales y políticas – de los Estados que lo conforman. Con respecto a esta última cuestión, ha de señalarse que el pluralismo es una de las bases sobre las que se asienta el sistema europeo puesto que permite la heterogeneidad; una heterogeneidad que se traduce en “una multiplicidad de soluciones en materia de derechos fundamentales que respondan

³⁷La redacción exacta del art.53 CEDH es: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

³⁸Se entiende de este modo, que los Estados parte podrán mejorar la regulación que de un derecho del CEDH hagan en su legislación interna fortaleciéndolo, pero no así debilitándolo.

a las exigencias de cada una de las sociedades existentes en el marco del CEDH³⁹”.

Así pues, la existencia del estándar mínimo de derechos y su consecuencia lógica, cual es la tolerancia que el CEDH ofrece al pluralismo, implica que el CEDH y la jurisprudencia del TEDH lleven a cabo un proceso de armonización y no de uniformización. En íntima conexión con lo antedicho, debe advertirse que el sistema europeo aspira a que los estándares internos sean compatibles con él, pero no idénticos. Ello se explica porque la identidad, en primer lugar, no puede tener cabida en un contexto de respeto a la diversidad de los sistemas internos y, en segundo lugar, tal carácter sólo puede predicarse de un texto imperturbable, único, que no se deja influenciar ni afectar por los cambios de su entorno; y el dinamismo con que el TEDH debe interpretar y desarrollar los derechos y libertades del CEDH impide que la identidad se erija como parámetro en el control de la convencionalidad de las medidas seguidas por los Estados parte. De esta forma – si se esperara la identidad – tras una alteración en la jurisprudencia de Estrasburgo, los Estados parte se verían abocados a guiar toda su maquinaria jurídica hacia una misma y estricta respuesta, actividad que en la práctica sería irrespetuosa y, además inviable, dada la heterogeneidad cultural, ideológica, política y económica que presentan los sistemas internos.

Luego, descartada la identidad, el parámetro de control en el sistema de garantías interno sería la compatibilidad. Esta compatibilidad debe ser entendida como “principio de no contradicción de las medidas estatales con el estándar mínimo general por el CEDH y la jurisprudencia del CEDH⁴⁰”.

De este modo, el CEDH se erige como criterio hermenéutico en la interpretación de los derechos y libertades fundamentales presentes en las constituciones o legislaciones internas. Ahora bien, esta interpretación debe partir de la consideración del CEDH como estándar mínimo de derechos, de forma y manera que los Estados parte, en virtud del

³⁹QUERALT JIMENEZ, Argelia, *La interpretación...*, op., cit., p.108. La profesora QUERALT JIMENEZ pone también de manifiesto que esa heterogeneidad permite que no pueda hablarse hoy en día de la existencia de un *ius commune* europeo en materia de derechos humanos. En efecto, el escenario europeo “está conformado por un sistema europeo de garantía que pretende salvaguardar un mínimo común europeo pero que no se erige en *ius commune*”; hecho que deviene esencialmente por la existencia de diversos Protocolo Adicionales que, como ya dijimos con anterioridad, pueden ser ratificados a discrecionalidad de los Estados miembros.

⁴⁰QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo ...”, op., cit., p.438.

artículo 53 CEDH, siempre podrán mejorar los derechos reconocidos en su ordenamiento. Ello entraña a su vez la asunción del pluralismo que hace imposible que puede hablarse de un proceso homogeneizador. Además, el proceso de armonización debe entenderse no en términos de identidad, sino de compatibilidad, lo que implica que la interpretación que realicen los tribunales internos sobre los derechos que encuentran su versión en el CEDH no contradiga el nivel mínimo de protección que éste brinda.

En la medida en que ya hemos analizado cómo el sistema garantista del Convenio está presidido por la concepción del estándar mínimo de derechos y somos conscientes del significado del término compatibilidad, nos encontramos en el momento idóneo para analizar y profundizar el margen de apreciación nacional como desafío al proceso armonizador.

- BLOQUE II -

EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL COMO LÍMITE A LA FUNCIÓN ARMONIZADORA

1. EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: ASPECTOS TEÓRICOS

1.1. Una inmersión en la materia.

El margen de apreciación nacional puede definirse como una técnica de creación jurisprudencial o, si se prefiere, una doctrina⁴¹ desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que implica la concesión de una cierta deferencia, espacio de discrecionalidad o “maniobra” a los Estados Parte – en determinadas circunstancias y momentos – para fijar el contenido y alcance de los derechos del Convenio.

A efectos prácticos, cuando el Tribunal concluye que un Estado goza del margen de apreciación nacional en relación a un caso en concreto, lo que hace es aplicar una *regla de no decisión*⁴²; es decir, el Tribunal se limita a ratificar la decisión interna y no entra a enjuiciar el asunto. Así pues, en estos casos, el TEDH confirmará el pronunciamiento del tribunal nacional y sólo lo sustituirá con sus propios puntos de vista en el caso de que la solución interna adoptada no tenga la razonable apariencia del buen Derecho.

⁴¹Si bien se trata de una doctrina que no posee contornos muy precisos. Esta afirmación se puede observar en RODRIGUEZ, Ángel, “La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional”, *Revista de Derecho Político*, UNED, 2015, p.88. Por su parte GARCÍA ROCA en *El margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2007 la describe como una “doctrina débil” (pág.112) y además “imprecisa e imprecible” (pág.131).

⁴² GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad constitucional* n°20, 2007, p.124.

Pero, ¿qué es lo que justifica este "espacio de maniobra"? Quizá los dos caracteres más significativos del Convenio que fundamentan el margen de apreciación nacional sean: por un lado, el carácter subsidiario que, por su naturaleza, cabe atribuir al órgano garante de los derechos que reconoce – el TEDH –; y, por otro, el estándar mínimo de derechos respetuoso con la diversidad cultural, social y jurídica de cada Estado miembro que permite la heterogeneidad de los sistemas jurídicos internos. En efecto, a través del margen de apreciación, se reitera el carácter subsidiario del mecanismo de protección instaurado por la Convención entendiéndose que los tribunales internos se encuentran en mejor situación que el juez internacional para pronunciarse sobre la forma de aplicación del Convenio Europeo, así como sobre el contenido. Por otro lado, la protección de "mínimos" conduce al margen de apreciación nacional en la medida en que éste es concedido por el Tribunal a propósito de aquellos contenidos o vertientes del derecho que extralimitan la protección mínima que el Convenio otorga y que versan sobre aquellos aspectos sobre los que, a menudo, no existe un estándar uniforme de protección puesto que dependen de la diversidad cultural, social y jurídica de los Estados miembros y, por ende, de la moralidad reinante en cada uno de ellos.

Teniendo lo anterior presente, ante todo cabe señalar que el margen de apreciación nacional es una doctrina que es desarrollada por el Tribunal de Estrasburgo pero también controlada por él mismo. Así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal que ha aclarado que el margen de apreciación nunca es ilimitado y que “está siempre acompañado del control que el propio Tribunal se reserva para comprobar – que el Estado en cuestión – no se ha sobrepasado⁴³”. Como bien afirma el Tribunal, el margen de apreciación y su supervisión por el TEDH van siempre de la mano⁴⁴.

⁴³RODRIGUEZ, Ángel, “La mayor protección interna de los derechos ...”, op., cit., p.90. Al respecto debe además señalarse que el TEDH considera que un Estado se sobrepasa cuando la discrecional que el uso del margen de apreciación le confiere excede los parámetros del principio de proporcionalidad. Esta afirmación se infiere de las SSTEDH *Handsyde contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976 y *Sunday Times contra Reino Unido*, de 26 de abril de 1979 que declararon que el legislador dispone de un gran espacio para hacer valer sus distintas orientaciones políticas a través de sus leyes y que esta Corte debe respetarlas “salvo si el juicio se releva manifiestamente desprovisto de bases racionales”.

⁴⁴Así lo estableció en la STEDH *Handyse contra Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976.

A pesar de que es difícil saber con exactitud cuáles fueron los primeros acontecimientos en los que se manifestó esta doctrina, la mayoría de los expertos en la materia coinciden en que su origen tuvo lugar con ocasión de la aplicación del artículo 15 CEDH⁴⁵. Esta disposición fue pensada para permitir eximir a los Estados miembros del cumplimiento de las obligaciones del Convenio en determinadas situaciones de emergencia; en concreto, “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación”. Partiendo de este contexto, la aplicación del margen implicaba la valoración discrecional del Estado de las obligaciones del Convenio que podrían derogar como consecuencia de estas situaciones de emergencia, siendo pues el resultado, la concesión de cierta libertad de actuación para restringir determinados derechos protegidos por la CEDH. No obstante, al cabo de no mucho tiempo, la doctrina del margen de apreciación sufrió una significativa e inesperada transformación, extendiéndose su aplicación también a restricciones de derechos impuestas por los Estados en situaciones de normalidad. Al respecto, es de recibo hacer referencia a la STEDH Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976; la primera sentencia en que se aplicó la doctrina del margen de apreciación nacional en relación al derecho a la libertad de expresión y uno de los pronunciamientos más iniciales en los que dicha doctrina se extendió más allá de las circunstancias excepcionales del artículo 15 CEDH y, por ende, en las que se hizo eco de esta doctrina en su mayor empleo actual. En este caso, el Tribunal tenía el cometido de dilucidar si la prohibición de la difusión por las autoridades británicas en parte de su territorio de un libro considerado obsceno⁴⁶ y la imposición de una multa al editor, vulneraban el artículo 10 CEDH; artículo que protege la libertad de expresión pero que admite restricciones y limitaciones a este derecho siempre que estén previstas por ley y sean necesarias en una sociedad democrática para la consecución de ciertos fines, entre los que tiene cabida, la protección de la moral. Al respecto, el Tribunal falló que, en lo que concierne a la moralidad pública, los tribunales nacionales se encontraban en mejor posición que el juez internacional para establecer qué debía permitirse y que no habida cuenta de la ausencia de una concepción europea uniforme al respecto. De este modo, al

⁴⁵La redacción de los párrafos 1 y 2 del artículo 15 CEDH, que son los que a estos efectos interesa, es: “1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7.”.

⁴⁶La denominación exacta del libro era *The Little Redbook for Students*, un libro dirigido a niños y escolares que incluía pasajes explícitos sobre sexo, drogas y otras materias controvertidas.

prohibir las autoridades británicas la difusión del libro en cuestión en parte de su territorio, habían actuado dentro del margen de apreciación nacional que era necesario atribuir a las autoridades estatales.

Por último, debe precisarse que la doctrina del margen de apreciación nacional no está incluida de forma expresa en ninguno de los preceptos del Convenio Europeo ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios. No obstante, cuando el Protocolo nº15 entre en vigor⁴⁷, introducirá en el propio Preámbulo de la Convención – texto expositivo de ideales que, como se sabe, es necesario para su interpretación – un nuevo párrafo en el que se hará una mención al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación nacional. En concreto, este nuevo párrafo dispondrá expresamente que las Altas Partes contratantes de la Convención disfruten de un margen de apreciación sujeto a la supervisión del TEDH, a la hora de asegurar los derechos y libertades protegidos por el artículo 1 CEDH.

1.2. Los elementos que llevan al TEDH a conceder el margen de apreciación nacional a los Estados

En aras a establecer una clasificación orientativa que permita entender cuáles son los elementos – inherentes a los derechos o que se exteriorizan en su contexto – en los que se basa el Tribunal Europeo para otorgar el margen de apreciación nacional a los Estados, la doctrina suele remitirse a la identificación que hizo MAHORNEY y que diferencia entre seis elementos, a saber: (i) la existencia de una base normativa común, (ii) la naturaleza del derecho, (iii) la naturaleza del deber del Estado, (iv) la naturaleza del fin perseguido, (v) la naturaleza del objeto, y (vi) las circunstancias particulares. El Tribunal emplea de forma habitual estos "ingredientes", aunque es cierto que no los ha sistematizado. Sin ser el cometido de nuestro trabajo realizar un análisis pormenorizado de estos elementos, debe señalarse sin embargo que, en la medida en que estos ingredientes son utilizados por el Tribunal indistintamente y que, además, presentan claras contradicciones entre sí, no es posible elaborar una teoría general que permita ponderar estos elementos, esto es, que posibilite saber qué elemento prima sobre otro y en qué determinados casos. Ciertamente, ésta es una de las causas que llevan a no

⁴⁷El Protocolo nº15 entrará en vigor cuando todos los Estados parte lo hayan ratificado. España ya lo hizo con fecha de 24 de junio de 2013.

concebir el margen de apreciación nacional como “verdadero criterio de interpretación jurídica de una declaración internacional de derechos” en la medida en que “no se puede fundar algo que se pretende sea una doctrina en tantos criterios que son además contradictorios entre sí⁴⁸”.

Teniendo esto presente, lo que si es cierto es que la doctrina, a la hora de determinar qué es lo que suele llevar al Tribunal a conceder el margen de apreciación, otorga un papel significativo al elemento de la *naturaleza del derecho*. En este sentido, se suele realizar una clasificación “usando la imagen habitual de tres círculos concéntricos⁴⁹”:

- 1) El primer grupo está constituido por aquellos derechos en los que el Tribunal concede un amplio margen de apreciación nacional. Se trataría, en su mayor parte, de los derechos de propiedad en la medida en que “son derechos aparentemente con escaso contenido esencial y una intensa configuración legal⁵⁰”, y también de los derechos relativos a un proceso equitativo que están abiertos a una amplia configuración legal en los diferentes procesos. Este grupo conformaría el círculo más externo.
- 2) El segundo grupo, por contra, lo comportan los derechos absolutos, el derecho a la vida y el derecho a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes, así como los derechos democráticos, entre los que se encuentra, el derecho al sufragio, derecho de reunión, o derecho de asociación. Estos derechos están sujetos a un estricto control por parte del Tribunal y permiten un muy reducido margen de apreciación precisamente por la importancia que su naturaleza adquiere en nuestras sociedades: o bien se trata de derechos inderogables y que tienen una eficacia universal, lo que implica que son oponibles frente a cualquier tercero – derechos absolutos – o bien se trata de derechos básicos sin los cuales el individuo no podría desarrollar su vida con normalidad – derechos democráticos –. Este grupo constituiría el círculo interno y más reducido.

⁴⁸GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional ...”, op., cit., p.126

⁴⁹GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional ...”, op., cit., p.127

⁵⁰GARCÍA ROCA, Javier “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional ...”, op., cit., p.127

- 3) El último y tercer grupo está conformado por aquellos derechos que se encuentran “a caballo” de los otros dos grupos. Se corresponde con el abanico del resto de derechos que no hemos mencionado sobre los que el Tribunal mantiene una posición intermedia en lo que a la concesión del margen de apreciación nacional se refiere. Estos derechos se enmarcarían en el amplio círculo intermedio situado entre el reducido círculo interior y el círculo más externo.

No obstante, aunque esta triple distinción sea correcta en teoría, la práctica jurisprudencial del Tribunal demuestra que dicha clasificación contiene todo tipo de singularidades y excepciones; asistimos pues ante otro gran obstáculo que impide de nuevo la construcción teórica de esta doctrina jurisprudencial. Así, llegados a este punto conviene preguntarnos, ¿cómo puede desarrollarse una debida armonización de la jurisprudencia del Tribunal Europeo si no podemos prever con certeza – siquiera de forma relativa – cómo opera el mayor límite al que se enfrenta esta función cual es el margen de apreciación nacional? o, en otras palabras, ¿de qué manera los problemas de la imposibilidad de elaborar una construcción verídica en la teoría pero también en la práctica afectan a una correcta armonización?. Comenzaremos estudiando en el siguiente epígrafe por qué entendemos que es muy difícil realizar una construcción teórica del margen que encuentre a su vez reflejo en la práctica mediante el estudio de la clasificación de los derechos en los tres grupos citados, para concluir exponiendo las concretas razones que, a mi parecer, impiden que la función armonizadora de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos alcance un mayor grado de efectividad.

2. LA INDETERMINADA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN LA FUNCIÓN ARMONIZADORA

2.1. La imposibilidad de elaborar una construcción doctrinal cierta en función de la naturaleza del derecho: casos prácticos.

Como ya adelantábamos, en efecto, no es posible elaborar una construcción doctrinal exacta de la materia partiendo de la clasificación de los derechos en función de su naturaleza. Tan sólo podemos utilizarla como guía o clasificación orientativa. Esta afirmación deriva del hecho de que la práctica del Tribunal Europeo evidencia que allí donde se predica que el margen de apreciación es muy amplio – como ocurre en los derechos de propiedad – sin embargo, se infiere un intenso control por parte del órgano internacional en numerosos casos. Por otro lado, – y lo que parece aún más sorprendente – en lo que concierne a los derechos absolutos como, particularmente, el derecho a la vida, se observa que si bien la concesión del margen es, me atrevería a decir, nula o casi inexistente en su acepción de derecho de defensa⁵¹ no surge el mismo efecto en su acepción – si bien controvertida y no aceptada expresamente por el Tribunal – de derecho de libertad⁵² en el que se encuentran incluidas cuestiones sumamente dependientes de la moralidad pública de cada Estado como la eutanasia y/o el suicidio asistido o el aborto. Como tendremos ocasión de analizar, en contra de lo que parece predicar la clasificación de los derechos según su naturaleza, en aquellas cuestiones morales que están relacionadas directamente con el derecho a la vida, el margen de apreciación es amplio, si bien con algunas limitaciones. Finalmente, en lo que se refiere al gran círculo o bloque que comportan el resto de derechos, se hace necesario que la jurisprudencia del Tribunal sea más clara en la interpretación de los mismos ya que, por ejemplo, en materia de expulsión de extranjeros por la comisión de hechos delictivos, concluye en algunos casos que el Estado, al proceder a la expulsión en virtud del considerable margen que poseen para regular la entrada y salida de las personas en su territorio, vulnera el derecho a la vida privada y familiar al basarse en una irrelevante circunstancia añadida que no había tenido en cuenta en anteriores casos pero que tampoco tendrá en consideración para otros casos futuros.

A continuación, procederemos al análisis de los derechos que acabo de mencionar y que son representativos de cada uno de los tres grupos ciñéndonos únicamente a los aspectos prácticos que nos interesa para entender dos cosas: por un lado,

⁵¹Es comúnmente admitido que el derecho a la vida es un derecho de defensa de toda persona frente a los poderes públicos del que se derivaría: una prohibición, que implica que los Estados no podrán causar la muerte a nadie a través de sus agentes salvo limitaciones muy estrictas, y una obligación positiva, al inferirse que los poderes públicos deben establecer sistemas efectivos de protección jurídica de la vida en sus distintos ordenamientos lo que permite al TEDH examinar no sólo acciones estatales, sino también omisiones.

⁵² Si se concibe este derecho como derecho de libertad permitiría entender que del derecho a la vida se deriva a su vez el derecho de sus titulares, bajo ciertas condiciones, de disponer de su vida.

la intensa casuística que gira en torno al margen de apreciación nacional y, por otro, la indeterminación de su doctrina aún siquiera partiendo de una lógica clasificación de la concesión de la misma en virtud de la naturaleza de los derechos del Convenio.

a) El derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo Facultativo nº13).

El genérico derecho de propiedad reconocido en el artículo 1 del Protocolo Facultativo nº1⁵³ prohíbe la privación de la propiedad a toda persona física y jurídica salvo que medie “causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por ley” (regla segunda) así como no permite restricciones a este derecho salvo si atienden al “interés general” del Estado en cuestión (regla tercera). En este sentido, el Convenio y, por extensión, el Tribunal Europeo, conceden un margen de apreciación a los Estados, por una parte, para privar de este derecho a los particulares cuando entienden que existe causa de utilidad pública y tal privación se encuentra amparada por las leyes internas, o bien, por otra parte, para restringirlo, cuando las autoridades nacionales aprecien que tal restricción redundaría en el interés general de la comunidad.

Así pues, de estas previsiones se infiere una amplia concesión del margen de apreciación nacional a los Estados lo que, en no pocas ocasiones, no acaba reflejándose en la práctica; en efecto, el Tribunal empieza admitiendo en sus sentencias un amplio margen para fallar imponiendo indirectamente restricciones que son, a mi parecer, bastante cuestionables. Al respecto puede utilizarse como ejemplo ilustrativo la STEDH Kliafas contra Grecia, de 8 de julio de 2004 en el contexto de la segunda regla del artículo 2 CEDH. En la citada sentencia, el Tribunal declaró que el concepto de utilidad pública era, por naturaleza, amplio y que el propio Tribunal debía respetar la forma en que el legislador ordinario “concibe los imperativos de la utilidad pública salvo si su juicio se releva manifiestamente desprovisto de base razonable” a la vez que admitió que las autoridades nacionales están en mejor posición que el juez internacional para determinar qué es utilidad pública. No obstante, Estrasburgo terminó declarando vulnerado el

⁵³ El artículo 1 del Protocolo Facultativo nº1 dispone textualmente: “Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

derecho de propiedad al entender que el reembolso al Estado por lo recurrentes (unos expertos contables y funcionarios) de unos ingresos de dinero que derivaban de su trabajo y que habían percibido durante el periodo transitorio en que se reorganizaban en un nuevo cuerpo tras liberalizarse su profesión, constituía una medida desproporcionada por no concurrir un justo equilibrio entre el interés general y el individual de quienes recurrieron. En mi opinión se trata de una injerencia cuestionable a la aplicación del margen de apreciación si reparamos en la redacción del artículo 2 CEDH y en su propia jurisprudencia: “allí donde parece existir un margen de apreciación nacional no se debería revisar si el fin o la medida son legítimas salvo cuando uno u otra sean manifiestamente irracionales⁵⁴”.

b) La protección de cuestiones morales, como la eutanasia o el estatuto jurídico del nasciturus, que afectan al derecho a la vida (artículo 2 CEDH)

El derecho a la vida consagrado en el artículo 2 CEDH⁵⁵ resulta interesante a efectos del estudio de la doctrina del margen de apreciación nacional en la medida en que si bien es cierto que éste es prácticamente inexistente en lo que al núcleo duro del derecho se refiere⁵⁶ se produce un efecto muy distinto cuando el Tribunal aborda aquellas cuestiones morales que afectan directamente al derecho a la vida y que van unidas al contexto histórico, social, cultural y político en el que se encuentra inmerso cada Estado miembro. Son, a propósito de estas cuestiones, por las que el derecho a la vida se presenta como un terreno particularmente fértil para el debate ideológico y jurídico. De este modo, al tratarse de cuestiones tan sensibles y cuya concepción moral y configuración jurídica dista de ser la misma en el conjunto del ámbito europeo, el Tribunal adopta dos posturas:

⁵⁴ GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional ...”, op., cit., p.139.

⁵⁵El artículo 1 CEDH expresa textualmente: “1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección”.

⁵⁶ Cuando nos referimos al “núcleo duro del derecho” queremos hacer referencia al ya mencionado derecho a la vida como derecho de defensa. Para más información sobre esta cuestión, puede consultarse REY MARTÍNEZ, Fernando, “La protección jurídica de la vida ante el Tribunal de Estrasburgo: un derecho en transformación y expansión (art.2 CEDH) y Protocolos 6.º, 13.º)”, La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid,2009, p.76 y ss.

o bien otorga el margen de apreciación nacional en relación a aquellos aspectos o aristas que presenta el derecho a la vida sobre los que no existe un consenso europeo (¿desde qué momento se protege el derecho a la vida?), o bien lo otorga de manera indirecta cuando se le plantea la cuestión de si un derecho se encuentra implícito en el derecho a la vida (¿es posible inferir del derecho a la vida el derecho a la muerte digna?).

Comenzaremos nuestros análisis por la primera cuestión: ¿cuándo comienza la protección del derecho a la vida?. Al respecto, es debido hacer referencia a una inusual sentencia del TEDH que no aborda de manera directa la cuestión del aborto sino que se refiere más concretamente al estatuto jurídico del feto humano. Se trata de la STEDH Caso Vo contra Francia, de 8 de julio de 2004, que tuvo lugar a tenor de una demanda interpuesta por una ciudadana francesa que alegaba que las autoridades judiciales francesas habían vulnerado el artículo 2 del Convenio porque la conducta del médico que fue responsable de la muerte de su feto de seis meses *in utero* no se calificó como un homicidio intencional; el médico había confundido a la recurrente con otra paciente llamada de forma similar y, como consecuencia de su intervención, perforó el saco amniótico de la demandante, lo que ocasionó la muerte de su feto. El asunto controvertido era, pues, si la falta de respuesta penal en el sistema jurídico francés para castigar la destrucción involuntaria de un feto suponía un fallo del Estado en la protección del derecho a la vida tal y como aparece concebido en el artículo 2 del Convenio. En lo que a nosotros interesa, la importancia de la sentencia no redundaba tanto en la resolución del caso en cuestión sino en los fundamentos jurídicos que desarrolla el Tribunal. Al respecto, el citado órgano entiende que el artículo 2 CEDH guarda silencio sobre las limitaciones temporales del derecho a la vida y, en concreto, recuerda que del citado artículo no se desprende que el no-nacido tenga derecho a la vida, en la medida en que tal artículo no define qué cabe entender por "toda persona". El Tribunal basa esta interpretación en "el claro deseo de establecer un equilibrio respecto de las dimensiones jurídicas, médicas, filosóficas, ética y religiosas, a la hora de definir qué sea un "ser humano" tomadas en cuenta por las distintas regulaciones del asunto en el ámbito de los Estados". El Tribunal declara expresamente en esta sentencia que la cuestión de cuándo comienza el derecho a la vida debe remitirse al margen de apreciación de los Estados por dos razones: en primer lugar, porque la cuestión del estatuto jurídico del feto no ha sido ni siquiera resuelta por los propios Estados y, en segundo lugar, porque no existe un consenso europeo sobre qué debe entenderse por el término "toda persona". Al respecto el Tribunal advierte que la

Convención de Oviedo de Derechos Humanos y Biomedicina deliberadamente no da una definición del término "todos" puesto que no existe un acuerdo general sobre ello y, por tanto, deben ser los Estados miembros los que decidan en sus respectivas legislaciones sobre la configuración del término.

Del análisis de esta sentencia se puede extraer la conclusión de que no es del todo cierto afirmar la casi inexistencia del margen de apreciación en el derecho a la vida que predica la clasificación de los derechos por su naturaleza si se repara en el hecho de que el margen de apreciación puede concederse ampliamente en aquellas cuestiones que si bien no encuentran su reconocimiento expreso, ni constituyen un nuevo derecho (no está reconocido por el Tribunal el derecho a la vida del *nasciturus*) afectan directamente a la redacción del artículo 2 CEDH (no hay un consenso europeo sobre el término "toda persona" dejándose al libre margen de apreciación de los Estados) y, por ende, impactan en la delimitación del propio derecho, lo que no debe pasar inadvertido.

Ciertamente, como tuvimos la oportunidad de anticipar, del derecho a la vida consagrado en el artículo 2 CEDH no se infiere, según lo dictaminado por el Tribunal Europeo, el derecho de los individuos a decidir sobre su propia vida como derecho de libertad. Al respecto debe hacerse referencia a la STEDH Caso Pretty contra Reino Unido, de 29 de abril de 2002 que declaró de forma tajante que, en la medida en que el derecho a la vida tiene un contenido esencialmente positivo, no puede deducirse o inferirse del mismo un derecho a morir.

De este modo la despenalización de la eutanasia o del auxilio al suicidio no tiene encaje en el texto del Convenio, lo que implica indirectamente que los Estados pueden configurar legalmente a su discreción los distintos supuestos en que podría tener cabida, quedando pues, al servicio del margen de apreciación de los Estados, penalizarlo o no. Esta última afirmación sobre la libre configuración legal de los supuestos eutanásicos fue sostenida expresamente por el Tribunal pocos años después en la STEDH Caso Haas contra Suiza, de 20 de enero de 2011 en la que el Tribunal declaró que pese a que de la doctrina general que se deduce de la Convención el derecho a la vida sólo tiene contenido positivo, ello no impide que en el marco de la eficacia del mismo coexistan algunos Estados que reconozcan dicho derecho en su contenido negativo, como sería el caso precisamente de Suiza donde el auxilio médico al suicidio se encuentra despenalizado.

Por último, debe mencionarse la STEDH Caso Gross contra Suiza, de 14 de mayo de 2013 en la que se produce un mayor avance y concreción en la materia. A través de una crítica al marco normativo de la eutanasia por su carácter abstracto, lo que hace el Tribunal en este nuevo caso es aclarar alguno de los aspectos que ya fueron reconocidos en el Caso Gross. En este sentido, el TEDH determina que si un Estado miembro, como acontece en el caso de Suiza, ha despenalizado en determinados supuestos el auxilio médico al suicidio “debe dotar a dicha despenalización de la necesaria garantía jurídica y en este sentido desarrollar las correspondientes normas jurídicas que permitan tanto a los profesionales como a los pacientes saber con exactitud cuándo y en qué supuestos pueden acogerse a dicha despenalización⁵⁷”.

Del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el marco de la eutanasia o auxilio al suicidio, se puede concluir que el Tribunal concede un amplio margen a los Estados al quedar a reserva de los mismos la decisión de contemplar o no la despenalización de esta cuestión en sus legislaciones internas; si bien una vez que la protegen, por mandato del Tribunal, deben concretar en la legislación los supuestos en los que tiene cabida así como implementar las medidas necesarias para que, tanto profesionales como pacientes, tengan una información suficiente sobre los supuestos que alberga. Así, este encargo se traduce en la ejecución de una obligación positiva, es decir, en la adopción de medidas. Ciertamente, esta necesaria adopción de medidas que deben, por cierto, ser eficaces, adquieren un papel relevante en aquellos derechos que, como la vida, “son definidos en términos tales que implican fundamentalmente obligaciones de respecto o abstención – o si se quiere negativas – para los Estados⁵⁸”.

c) La expulsión de extranjeros por actividades delictivas en el contexto de la reagrupación familiar como vertiente del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).

⁵⁷ DE MONTALVO, Federico, *¿Se abre una puerta en Europa a la despenalización del auxilio al suicidio?*, 2013 vía <http://hayderecho.com/2013/06/21/se-abre-una-puerta-en-europa-a-la-despenalizacion-del-auxilio-al-suicidio/> consultado el 9 de junio de 2016.

⁵⁸ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos*, Madrid, 2007, p.250. En este artículo doctrinal se puede obtener más información acerca de la operatividad de las obligaciones positivas.

El respeto al derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH⁵⁹) en su acepción de obligación negativa, es decir, de no interferencia del Estado en el desarrollo del derecho, se pone de manifiesto fundamentalmente en materia de extranjeros con la adopción por los Estados demandados de medidas de expulsión dictadas contra aquellos al poner en riesgo una vertiente de este derecho que es la reagrupación familiar. Al respecto, el TEDH ha elaborado una doctrina en materia de expulsiones de extranjeros que podemos resumir en la siguiente: el Tribunal Europeo parte de la prerrogativa de los Estados de garantizar el orden público y de su derecho a controlar, en virtud de un asentado principio de derecho internacional y sin perjuicio de los compromisos adquiridos en los tratados, la entrada y salida de los no nacionales. Así pues, de este principio de derecho internacional se infiere que los Estados ostentan el margen de apreciación nacional para regular a través de sus leyes las condiciones de entrada y salida de los extranjeros que se encuentran o pretenden desplazarse a su territorio. En consecuencia, en principio, los Estados son quienes ostentan la potestad para expulsar a los delincuentes que comenten hechos ilícitos en el territorio sometido a su jurisdicción. Ahora bien, las decisiones de expulsión que adopten los Estados, habida cuenta de que podrían vulnerar el derecho consagrado en el artículo 8 de la Convención, deben ajustarse a las condiciones del párrafo 2º del citado artículo de las que se extrae la idea de que, en el marco de una sociedad democrática, debe tratarse de medidas que “han de estar justificadas por su necesidad social imperiosa y ser proporcionales al fin legítimo perseguido⁶⁰”.

Luego, el cometido del Tribunal consistirá en determinar si la medida adoptada contra el demandante –en nuestro estudio, la expulsión– ha respetado el justo equilibrio entre los intereses en juego, es decir, entre el derecho del extranjero interesado a su vida familiar y la protección de los fines legítimos que cada Estado. Es precisamente en esta ponderación de intereses cuando llama la atención que el Tribunal base su decisión en factores que no han sido tenidos en cuenta en el pasado para casos prácticamente idénticos

⁵⁹ El tenor literal del artículo 8 CEDH es el siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

⁶⁰ Tal afirmación se expresa concretamente o se deriva de las SSTEDH Caso Berrehab contra Países Bajos, de 21 de junio de 1988, pto.28; Caso Aoulmi contra Francia, de 17 de enero de 2006, pto.80, entre otras.

pero que también pasarán inadvertidos en casos futuros similares. En este sentido, es de recibo hacer referencia a tres sentencias significativas en las que se aprecia esta circunstancia:

- STEDH Caso Moustaquim contra Bélgica, de 18 de febrero de 1991. El demandante se trataba de un nacional marroquí que vivía en Bélgica desde los dos años y que había sido condenado por ciento cuarenta y siete delitos y faltas en su adolescencia. Ante tal reiteración delictiva, las autoridades belgas acordaron su expulsión hacia su país de origen: Marruecos. Sin embargo, el Tribunal declara la vulneración del derecho a la vida familiar habida cuenta de que el demandante había desarrollado toda su vida en Bélgica, que mantenía lazos familiares con sus padres, con los que cohabitaba, que no mantenía – por contra– ningún vínculo con su país de origen, y que los delitos habían sido cometidos en la adolescencia y ya llevaba cierto tiempo sin perpetrar ninguno. De este modo, se observa cómo el Tribunal centra su atención en la no reincidencia, las relaciones familiares con los padres, la falta de vínculo con su Estado de origen y que es destino de la expulsión, sin otorgar la debida relevancia a los factores de que el individuo era soltero, no tenía hijos y mantenía su nacionalidad marroquí; peculiaridades que, no obstante, considerará en casos posteriores para fundamentar su fallo.
- STEDH Caso Boujlifa contra Francia, de 21 de octubre de 1997. El señor Boujlifa había vivido en Francia con su familia desde los cinco años y estaba condenado por dos delitos: robo y robo a mano armada. Ambos delitos habían sido cometidos cuando apenas tenía veinte años y desde entonces no había vuelto a delinquir. Observamos la inmensa similitud que existe entre este caso y el Caso Moustaquim: el demandante vivía con sus padres desde su infancia en el Estado parte, estaba condenado por delitos cometidos en su juventud y que no había repetido posteriormente; la única diferencia es que en el Caso Moustaquim los delitos y faltas eran de menor entidad pero más numerosos (ciento cuarenta y siete) y en la sentencia que nos ocupa eran de mayor entidad pero el número de delitos era dos. No obstante, a pesar de la semejanza entre ambos casos, el Tribunal, mientras en la anterior sentencia rechaza la expulsión, en este segundo pronunciamiento la considera adecuada. Para justificar esta decisión sorprende la utilización de un nuevo factor que no había empleado en el Caso Moustaquim: el

demandante no había mostrado ningún interés en adquirir la nacionalidad francesa. Así pues, esta circunstancia conduce al Tribunal a entender que los vínculos con el Estado parte no eran tan fuertes a pesar de que reconoce que, si bien el demandante poseía la nacionalidad marroquí, no mantenía lazo alguno con su país de origen. Este nuevo factor en conjunción con la gravedad de los delitos perpetrados lleva al Tribunal a declarar que la expulsión no ha sido impropia y, por ende, que el derecho a la vida familiar no ha resultado vulnerado.

- STEDH Caso Nasri contra Francia, 13 de julio de 1995. En este caso el señor Nasri, argelino pero que vivía en Francia con su familia desde los cinco años, había cometido un único delito de una gravedad incuestionable: violación en grupo. Sin embargo, el Tribunal entiende que la expulsión realizada por el Estado francés había vulnerado su derecho a la vida privada basándose en la circunstancia añadida de que el recurrente era sordomudo. Puede pues, entrañar rareza este pronunciamiento en la medida en que no se utilizan – o bien se emplean en sentido opuesto– los parámetros interpretativos que servirán de fundamento en la resolución del Caso Boujlifa. En efecto, mientras en el Caso Nasri el Tribunal declara inadecuada la expulsión del extranjero a pesar de la entidad del delito y el intenso vínculo que mantenía el recurrente con su país de origen, en el posterior Caso Boujlifa determina, en sentido contrario, que la expulsión es conforme a Derecho atendiendo precisamente a la gravedad del delito perpetrado y al poco nexo de unión que el demandante mantenía con el país en el que desarrollaba su vida.

A través del análisis de estos tres supuestos, se observa pues la necesidad de construcción de criterios más precisos por el TEDH que permitan determinar cuándo el Estado, al ordenar la expulsión de un extranjero por la comisión de delitos en su territorio, incurre en la violación de la reagrupación familiar como vertiente del derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 CEDH. En lo que a nosotros interesa, es imprescindible la concreción de dichos criterios interpretativos a tenor de las circunstancias que acontecen en cada supuesto de hecho, en la medida en que resulta pertinente conocer cuáles son los límites a la concesión del margen de apreciación nacional en aquellas materias sobre las que el TEDH guarda una posición intermedia. En este sentido, el Tribunal concede cierto margen de apreciación nacional en el ámbito del

derecho a la vida familiar puesto que, en virtud del principio de derecho internacional, de forma primaria, son los Estados – como tuvimos ocasión de apuntar– los competentes para regular en sus sistemas internos la entrada y salida de extranjeros y, por ende, les corresponde a ellos reglar las causas y supuestos de expulsión en el marco de su jurisdicción.

2.1. Las repercusiones en la función armonizadora de la concesión y empleo de la indeterminada doctrina del margen de apreciación nacional.

Como hemos tenido ocasión de comprobar con el análisis de los anteriores casos prácticos, la doctrina del margen de apreciación nacional se caracteriza por su indeterminación en la medida en que es imposible prever con seguridad cuál va a ser su grado de concesión por parte del Tribunal en atención a la naturaleza del derecho. Ello redunda en un problema aún mayor que es, a su vez, la dificultad de alcanzar una plausible función armonizadora. En este sentido, debemos de nuevo preguntarnos, ¿cómo es posible la observancia de los tribunales internos del estándar convencional de protección de los derechos del CEDH desarrollado por Estrasburgo si no sabemos con seguridad en qué supuestos el propio Tribunal concede a los tribunales nacionales un cierto grado de discrecionalidad para ajustarse a tal estándar? O, en otras palabras, ¿en qué medida puede lograrse una sólida armonización – con las peculiaridades que presenta este término – habida cuenta de que hoy por hoy no es factible conocer cómo opera el mayor límite al que se enfrenta que es la doctrina del margen de apreciación nacional?. Se hace pues patente el deseo porque el Tribunal realice una mayor concreción en su jurisprudencia de los supuestos en los que cabe conceder el margen de apreciación nacional. Quizá uno de los motivos por los que no se atreva a elaborar una doctrina jurisprudencial precisa sea, ya no solo la inmensa casuística que presentan las demandas, sino la distinta concepción de los derechos y el grado de protección que a estos otorga cada Estado miembro en función del desarrollo democrático que éste haya alcanzado. Al respecto debe repararse en la notable diferencia existente entre los Estados del Este de Europa⁶¹ y el resto de Estados europeos ampliamente considerados. Téngase en cuenta que hasta la caída del

⁶¹ Se aglutina bajo este nombre el bloque de países situados al este de las fronteras de Alemania y Austria que son: Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Rumanía y Bulgaria. Por su parte, Estonia, Letonia y Lituania también entrarían virtualmente a situarse bajo este nombre pero debe repararse en el hecho de que estos Estados eran también soviéticos pero de tendencia más progresista.

muro de Berlín el 9 de noviembre de 1980 y, más concretamente hasta el fin oficial de la Unión Soviética en 1991, los Estados del Este estaban presididos por regímenes comunistas dictatoriales o, lo que algunos autores denominan, ``democracias populares''. Teniendo en cuenta estos recientes acontecimientos, tales Estados mantienen posiciones bastantes conservadoras con respecto a la protección de determinadas vertientes o aspectos sensibles en relación a determinados derechos como el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuestiones relacionadas con la inmigración, entre otras. Es por ello por lo que el Tribunal adopta una posición cauta a la hora de precisar las aristas de la doctrina del margen en la medida en que su concesión a veces dista de ser la misma en todos los Estados, precisamente por ser comprensiva con la historia política y social de aquellos Estados que todavía no han alcanzado el desarrollo democrático de la Europa Occidental.

En definitiva, lo que quiero resaltar es que en la actualidad es muy complicado elaborar una doctrina del margen de apreciación nacional precisa – con las consecuencias que ello ocasiona en la función armonizadora – puesto que:

- En primer lugar, no puede realizarse una clasificación que parta de un mayor a un menor grado de concesión en virtud de la naturaleza del derecho al quedar probado que el Tribunal, para acordar su concesión, recurre sobre todo a criterios interpretativos que distan de ser los mismos cuando aborda el mismo derecho en otros casos.
- En segundo lugar, en ocasiones el margen puede concederse ampliamente con cierta discrecionalidad por parte del Tribunal en atención al desarrollo democrático del Estado en cuestión y, por ende, al grado de protección que, en atención a las circunstancias históricas del Estado, otorgue a los derechos del Convenio en sede interna. Conforme estos Estados vayan acortando política y socialmente su distancia con respecto al resto de Estados parte, existirá una mayor convergencia en el Tribunal a la hora de conceder de forma prácticamente unitaria el margen de apreciación nacional.

Por otro lado, quiero destacar la crítica que el profesor RODRIGUEZ hace del empleo que los Estados parte realizan del margen de apreciación nacional que ha sido previamente concedido a otro Estado; es lo que denomina el "problema del juego de

espejos". RODRIGUEZ define este problema como el resultado de que los tribunales nacionales apliquen como canon hermenéutico interno “la doctrina de una sentencia del TEDH en la que se establezca que el Estado demandado no ha sobrepasado su margen de apreciación nacional al aplicar una restricción a un derecho de la Convención, entendiendo que la permisibilidad de Estrasburgo con la restricción estatal pasa también a formar parte del estándar convencional de protección de ese derecho, y debe por lo tanto aplicarse como tal, sustituyendo incluso un posible estándar interno más protector para interpretar las normas nacionales”. Para explicar tal efecto RODRIGUEZ hace alusión a la STC 34/2011, de 28 de marzo en materia del derecho a la libertad religiosa y el principio de no confesionalidad del Estado. Observa pues cómo el TC, al resolver sobre la posible incidencia en esos derechos y principios constitucionales de la proclamación de la Virgen María como patrona del Colegio de Abogados de Sevilla, “aplicó en el ámbito interno la doctrina del margen de apreciación nacional tal y como fue entendida por el TEDH en el caso Lautsi II”. Concretamente explica cómo en esta última sentencia⁶², el TEDH decidió no condenar a Italia por disponer de la presencia de crucifijos en sus escuelas públicas al estar amparado por el margen de apreciación nacional que le concede el Convenio; y cómo, en la STC 34/2001, de 12 de febrero nuestro Tribunal Constitución hizo uso de tales consideraciones para afirmar que la proclamación patronal no menoscaba la neutralidad religiosa de la corporación, lo que tuvo como consecuencia la reducción del umbral de protección nacional que el artículo 16.3 CE de nuestra Constitución otorga al derecho a la libertad religiosa. Sin ser nuestro ánimo realizar un análisis detallado de por qué el Tribunal redujo la protección que concede nuestra Constitución a este derecho⁶³, lo que en mi opinión merece poner especial atención, teniendo como punto de partida el planteamiento del profesor RODRIGUEZ, es que, aunque nada impide que los tribunales nacionales se sirvan del principio de deferencia que aboga por el diálogo entre tribunales nacionales y que permite adoptar soluciones sino iguales, parecidas en casos similares, lo que en ningún caso resulta de recibo es adoptar la misma solución interna que adoptó otro Estado amparado en el margen de apreciación nacional por la creencia de que la permisibilidad de Estrasburgo en la restricción estatal pasaba también a formar parte del estándar

⁶² Sentencia de la Gran Sala del TEDH Caso Lautsi II contra Italia, de 18 de marzo de 2011.

⁶³ Para más información al respecto véase un estudio pormenorizado en NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, “Margen de apreciación estatal libertad religiosa y crucifijos (o las consecuencias de un deficiente diálogo entre jurisdicciones”, *Revista de Derecho Político* n° 86, 2013.

convencional de protección de ese derecho, más cuando esa recepción interna de la restricción estatal permitida a otro Estado deriva en una menor protección del derecho interno en otros Estados. Esta afirmación se explica a tenor de dos circunstancias:

- En primer lugar, cuando el Tribunal otorga al Estado demandado el margen de apreciación nacional se limita a confirmar que la restricción en los derechos realizada por ese Estado está dentro de la libertad de actuación que puede concedérsele, pero en ningún caso es su intención que esa restricción configure y delimite el estándar de protección que el CEDH concede al derecho en cuestión. Es decir, es cierto que la aplicación de la restricción por el Estado demandado que le concede el margen, en circunstancias del caso, no vulnera la CEDH, pero está no obliga, en absoluto, a que otros Estados miembros la acojan en su derecho interno. El cometido de la función armonizadora es que los tribunales internos se empapen de la interpretación que el Tribunal realiza de los derechos del Convenio, no así de la interpretación discrecional que se concede a los tribunales internos en virtud del margen de apreciación nacional –que es precisamente un límite a la función armonizadora– más cuando implica una menor protección de los derechos en sede interna de otros Estados.
- En segundo lugar, la recepción de la interpretación restrictiva de los derechos implica contravenir de forma directa el carácter de estándar mínimo de los derechos del Convenio al que hace referencia el artículo 53 CEDH y del que se predica que la interpretación de los derechos del Convenio no puede limitar ni perjudicar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en las legislaciones internas de los Estados parte.

-CONCLUSIÓN-

La función armonizadora de la jurisprudencia del TEDH no es más que la intención de responder a las exigencias de la finalidad principal que se encomendó al Consejo de Europa y que se plasmó expresamente en el párrafo 3º del Preámbulo del Convenio: “la creación de una unión más estrecha entre sus miembros”, siendo uno de los medios para alcanzarla la “protección y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En efecto, esta voluntad parecía ya auspiciar la idea de una interpretación cada vez más unitaria de los derechos fundamentales, lo que implicaba en cierta medida la creación de un marco común de protección de los derechos del Convenio, un *ius commune* que todos los Estados parte deberían respetar cuando les correspondiese velar por su protección en sede interna. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de comprobar, la función armonizadora dista bastante de atender a criterios de uniformidad en el respeto al Convenio, tratando de mantener un equilibrio con la diversidad de los sistemas jurídicos internos. En efecto, el cometido del Tribunal de Estrasburgo es realizar una interpretación evolutiva de los derechos del Convenio a la luz de las sociedades democráticas actuales; y ello para que el Convenio sirva como canon interpretativo para los tribunales internos dejando a salvo el principio de subsidiariedad y el carácter de estándar mínimo de los derechos del Convenio. Realmente lo que se demanda es una *integración funcional y dinámica* de los derechos. Se trata de lograr una unión más estrecha de los Estados miembros salvaguardando de modo semejante ciertos derechos básicos de las personas y de las estructuras en las que éstos se integran mediante una incesante y paulatina, aunque matizada y prudente, jurisprudencia.

Efectivamente hay que armonizar e integrar pero garantizando, en cierta medida, el pluralismo de los Estados. Sin embargo, esta integración funcional y dinámica será irrealizable mientras el Tribunal no persevere en sus esfuerzos por elaborar una doctrina más precisa sobre el mayor límite al que se enfrenta la función armonizadora: el margen de apreciación nacional. En efecto, no es posible ni siquiera auspiciar un mínimo común interpretativo en los derechos del Convenio – siempre, entiéndase, respetuoso con la heterogeneidad de los sistemas internos – si el Tribunal aplica de forma discrecional y sin ajustarse a sus precedentes, las excepciones en las que los Estados, sirviéndose del margen

de apreciación nacional, pueden escapar a ese mínimo. Se trata sin duda de una discrecionalidad que viene motivada por la intensa casuística que presentan las demandas y por el diferente desarrollo democrático y protector de los derechos fundamentales que cada Estado realiza a tenor de la herencia de épocas pasadas. Creemos, en este sentido, que conforme todos los Estados europeos vayan alcanzando en mayor medida un nivel semejante de calidad democrática, la integración funcional y dinámica de los derechos o, si se prefiere, la efectiva armonización de los derechos del Convenio por el Tribunal de Estrasburgo, será un ideal menos a satisfacer, aunque siempre sin olvidar la necesaria conciliación y, por tanto, el respeto a la diversidad de los sistemas internos. En definitiva, será cuestión de tiempo y la armonización, en términos efectivos, será posible.

-BIBLIOGRAFÍA-

AGUDO ZAMORA, Miguel, *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2001.

APARICIO WILHELMI, Marco, *Las Fronteras de la Ciudadanía en España y en la Unión Europea: actas del II y III Encuentro de jóvenes investigadores en derecho de inmigración y asilo*, Documenta Universitaria, Girona, 2006.

DE MONTALVO, Federico, *¿Se abre una puerta en Europa a la despenalización del auxilio del suicidio?*, <http://hayderecho.com/2013/06/21/se-abre-una-puerta-en-europa-a-la-despenalizacion-del-auxilio-al-suicidio/>, consultado por última vez el 8 de junio de 2016.

FREIXES SAN JUÁN, Teresa, “Las principales construcciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El estándar mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, *Los derechos en Europa*, UNED, Madrid, 1997.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos”, *Diario La Ley*, 2013.

GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional* n°20, UNED, 2007.

GARCÍA ROCA, Javier, y SANTAOLAYA, Pablo (coordinadores), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2ª ed., Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2009.

GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Madrid, 2010.

GARCÍA ROCA, Javier y SANTAOLAYA, Pablo (coordinadores), *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3ª ed., Centro de estudios financieros, Madrid, 2014.

IGLESIAS VILA, Marisa, “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, *Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política*, 2013.

JIMENA QUESADA, Luis, *El sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, 2006, Madrid.

LIÑÁN NOGUERAS, Diego, “Efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español”, *Revista de Derechos Internacional* n°37, 1985.

LÓPEZ GUERRA, Luis, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, *Teoría y Realidad Constitucional* n°32, 2013.

MORTE GÓMEZ, Carmen, *El procedimiento ante el TEDH y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MORTE GÓMEZ, Carmen, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: modificaciones en el procedimiento y requisitos de admisibilidad tras la entrada en vigor del Protocolo n°14*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. “Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: la reforma del art.579 LECrim”, *Boletín de la Facultad de Derecho* n°27, 2005.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos*, Madrid, 2007.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional* n°20, 2007.

QUERALT JIMENEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

RIPOL CARULLA, Santiago, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2007.

RODRIGUEZ, Ángel, *Integración Europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

RODRIGUEZ, Ángel, “La mayor protección interna de los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos y el impacto del margen de apreciación nacional”, *Revista de Derecho Político* n° 93, UNED, 2015.

ROCA, Victoria, “Derechos y fronteras. La condición de extranjero como rasgo inmutable de las personas: una revisión crítica de las prácticas actuales de exclusión de extranjeros”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 26, Espagráfic, Madrid, 1989.

RUILOBA ALVARIÑO, Julia, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: organización y funcionamiento”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica* n° 1, 2006.

SÁNCHEZ MOLINA, Pablo, “Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* n° 9, 2015.

TORRE PÉREZ, Aida, “16. El impacto del Derecho Internacional de los derechos humanos en España”, *Protección multinivel de los derechos*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Barcelona, 2013.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. “La dimensión familiar de la inmigración y el derecho a la reagrupación familiar”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica UNED* n° 1, Madrid, 2006.

-ANEXO-

JURISPRUDENCIA ORDENADA CRONOLÓGICAMENTE

1. Jurisprudencia analizada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH Caso Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.
- STEDH Caso Johnson c. Irlanda, de 18 de diciembre de 1986.
- STEDH Caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España, de 6 de diciembre de 1988.
- STEDH Caso Moustaquim c. Bélgica, de 19 de febrero de 1991.
- STEDH Caso Nasri c. Francia, de 13 de julio de 1995.
- STEDH Caso Boujlifa c. Francia, de 21 de octubre de 1997.
- STEDH Casos Valenzuela c. España, de 30 de abril de 1998.
- STEDH Caso Miragall Escolano c. España, de 23 de enero de 2000.
- Decisión TEDH Caso Sánchez c. España, de 25 de noviembre de 2000.
- STEDH Caso Pretty c. Reino Unido, de 29 de abril de 2002.
- STEDH Caso Prado Bugallo c. España, de 18 de febrero de 2003.
- STEDH Caso Henaff c. Francia, de 27 de noviembre de 2003.
- STEDH Caso Yakov c. Bulgaria, de 11 de diciembre de 2003.
- STEDH Caso VO c. Francia, de 8 de julio de 2004.
- STEDH Caso Kliafas c. Grecia, de 8 de julio de 2004.
- STEDH Caso Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004.
- STEDH Caso Tysac c. Polonia, de 20 de marzo de 2007.
- STEDH Caso A, B y C c. Irlanda, de 16 de diciembre de 2010.
- STEDH Caso Haas c. Suiza, de 20 de enero de 2011.

- Sentencia de la Gran Sala del TEDH Caso Lautsi II c. Italia, de 18 de marzo de 2011.
- STEDH Caso Costa y Pavan c. Italia, de 28 de agosto de 2012.
- STEDH Caso P y S c. Polonia, de 30 de octubre de 2012.
- STEDH Caso Gross c. Suiza, de 14 de mayo de 2013.
- STEDH Caso Río Prada c. España, de 21 de octubre de 2013.

2. Jurisprudencia analizada del Tribunal Constitucional español

- STC 245/1991, de 16 de diciembre.
- STC 34/2001, de 12 de febrero.
- STC 119/2001, de 24 de mayo.